

مفهوم، آثار و ارزیابی اصل ابقای عقود

محمد عابدی^۱

چکیده:

اصل ابقای عقود، که از ابتکارات استاد جعفری لنگرودی است، در مقام بیان این امر است که عرف عادت اقتضا دارد عقد مختل شده یا نقض شده را نگهداشت و مرمت و اصلاح نمود. قلمرو اصل ابقای عقود وسیع‌تر از نهادهای مشابه مانند اصل لزوم، اصل صحت و نظریه اداره عقد است و مراحل تراضی، اجرای عقد و اختیارات را در بر می‌گیرد و حتی شامل ایقاعات و عقود جایز نیز می‌شود. نظریه اصل ابقای عقود، از این حیث که قلمرو عام دارد و مصادیقی را شامل می‌شود که سایر نهادها و قواعد حقوقی آن را پوشش نمی‌دهند، مفید به نظر می‌رسد. قانون مدنی نیز در برخی موارد مانند تبعض صفقه و ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، راهکاری را برگزیده که همسو با اصل ابقای عقود است؛ اما موارد متعددی نیز وجود دارد که در آنها قانون‌گذار و مشهور فقها روش و راهکار متفاوتی را برگزیده و در خصوص آثار این اصل و انطباق آن با قانون مدنی و اقتصادی بودن نتایج حاصل از ابقای عقود و پذیرش آنها از سوی عرف عادت باید تامل کرد.

کلیدواژه: حقوق قراردادهای انحلال عقد، اصل ابقای عقود، اصل لزوم، استاد جعفری لنگرودی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه:

استاد جعفری لنگرودی با نوشته‌های متعدد و ابتکاری خویش سهم موثری در ارتقاء حقوق مدنی ایران داشته و بزرگداشت ایشان، که تجلیل دانش و عالم است، دینی است بر ذمه جامعه حقوقی ایران. ایشان، در کتاب الفارق، جلد اول، در ذیل اصطلاح «ابقای عقود»، به عنوان یکی از نظریه‌های جدید خود، می‌نویسد: «اصل ابقای عقود را من یافته و ضبط کرده‌ام. پس زیر این عنوان هر چه می‌نویسم به کسی ربط ندارد.»^۱ ایشان با ذکر این نکته کلی که «حب ذات و تلاش موجودات از نباتات و جانوران، برای بقای خود، از بدیهیات است»، اضافه می‌کنند «هرگز کسی فکر نکرده است که این امر به موضوعات و مطالب حقوقی هم سرایت می‌کند...»^۲ اصل مذکور، در کنار اصول موازنه یا تئوری موازنه، از عمده‌ترین ابتکارات وی است که به ویژه در کتب دو دهه اخیرشان نمود بیشتری یافته و به مناسبت‌های مختلف تکرار شده است. اصل ابقای عقود در مقام بیان این ادعا است که، در کنار اصل لزوم و اصل صحت عقود و نظریه اداره عقد، اصل دیگری وجود دارد که در مراحل تراضی و اجرای عقد و به گاه فسخ قرارداد تلاش دارد عقد اختلال یافته یا نقض شده را نگهدارد و مرمت و اصلاح نماید، زیرا عرف عادت چنین اقتضا دارد. مدارک و نصوص شرعی موید این اصل نیز وجود دارد که در واقع امضائی هستند و تایید کننده عقل مصلحت اندیش و عرف هستند. لیکن مطالعه کتب متعدد او نشان می‌دهد که در مقام اعمال همزمان سه نهاد حقوقی در سه مرحله تراضی، اجرا و انحلال عقود هستند: اصل ابقای عقود، اصول موازنه و قاعده لاضرر. همین مسئله بر عمومیت اصل ابقای عقود شبهه می‌افکند و انطباق آثار و نتایج اصل مذکور را با احکام قانون مدنی دشوار می‌سازد. همچنین، برای احراز نظر عرف عادت، به عنوان مبنای این اصل، تحلیل اقتصادی قواعد ناظر به انعقاد، اجرا و انحلال عقد ضرورت دارد که حقوق ایران و فقه امامیه هنوز با آن فاصله زیادی دارد و انجام آن ضرورتی انکار ناپذیر است. در این پژوهش، در ذیل دو بند ابتدا مفهوم اصل ابقای عقود را تشریح و سپس آثار و نتایج اعمال اصل مذکور را بیان می‌کنیم و در پایان به ارزیابی نهایی خواهیم پرداخت.

بند نخست: مفهوم اصل ابقای عقود

اصل ابقای عقود نظریه ابتکاری و حداقل از حیث عنوان جدید است. بنابراین تبیین این اصل یک ضرورت است تا بدانیم مفهوم اصل ابقای عقود چیست و عناصر آن چه می‌باشد و تفاوت آن با مفاهیم مشابه چیست که با این قاطعیت مدعی بر کشف آن شده‌اند؟ آیا چنین مفهومی ولو با عبارات مشابه در ذهن هزاران فقیه بزرگ و حقوق دان نظام‌های حقوقی روم و اسلام در صدها سال سابقه نظام‌های حقوقی وجود نداشته است؟ این پرسش‌ها را در ذیل بند نخست مطالعه می‌کنیم.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۴۴.

۲. همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۱۸۱.

الف - تعریف اصل ابقای عقود

از نظر این حقوق‌دان مبتکر «آنچه که در هر دو فقه (اسلام و روم) مشترک است این فکر است که آن اشتباه - که رضای عاقد را معیوب می‌کند و موجب عدم نفوذ عقد می‌گردد - و آن اختلال رضا - که موجب خیار فسخ است - عقد را به کلی منتفی نمی‌کند، بلکه به صورت موجودی ناتمام در می‌آورد که قابل اصلاح است»^۱ پس مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که نباید به دستاویز هر اشتباهی که در رضایت خلل ایجاد کند عقد را باطل اعلام نمود «باید عقد را مرمت و ابقا کرد»^۲ «پس تعریف کوتاه اصل ابقای عقود این است: عقودی که دچار اختلالی شوند ابقاء می‌شوند تا دست مرمت و تعمیر، آنها را به صورتی که شایسته است دریابد»^۳.

ب - مبانی ابقای عقود

به نظر این حقوق‌دان مدنی، اخبار متعددی وجود دارد که می‌توان از آنها اصل ابقای عقود را استخراج کرد. این اخبار را نمی‌توان حمل به خصوص مورد کرد. یکی صحیحۀ صفار در باب خیار تبعض صفقه است: معصوم در پاسخ به پرسشی که بایع، مالک قسمتی از آبادی بوده، اما همه را فروخته است، فرمود: «لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البايع على ما يملك» یعنی فروش آن چه که مالکیت نداشته جایز نیست، اما نسبت به آن چه که بایع مالک بوده بیع صحیح و لازم الوفا است. ایشان معتقدند از مفاد این حدیث، که حکم به بطلان تمام بیع صادر نشده و صرفاً قسمت مستحق للغير باطل اعلام شده، اصل ابقای عقود استنباط می‌شود. به همین جهت است که خیار تبعض صفقه مطابق قاعده است و علاوه در بیع در سایر عقود معوض نیز جریان می‌یابد.^۴ به بیان دیگر، قاعده انحلال عقد واحد به عقود متعدد و بقای قسمت صحیح عقد می‌تواند مبتنی بر اصل ابقای عقود نیز باشد.

روایت دومی که ایشان به عنوان مدرک اصل ابقای عقود معرفی کرده است صحیحۀ عمر بن حنظله است که در مورد تخلف از مقدار در بیعی که مبیع آن مختلف الاجزا است وارد شده است و به طریق اولی در بیع دارای مورد متساوی الاجزا نیز جاری می‌گردد. به موجب این حدیث، در صورت کمتر درآمدن زمین (مبیع) مشتری حق دارد یا مبیع را رد کند و تمام ثمن را بگیرد و یا بیع را ابقا کند و به میزان کسری از ثمن کسر نماید. اختیار مشتری در عدم فسخ عقد و امکان کسر از ثمن مثبت اصل ابقای عقد و موافق قاعده موازنه در ارزش است که از آیه التراضی استخراج می‌گردد.^۵

۱. همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۴۴

۲. همان، ص ۴۴

۳. همان، ص ۴۵

۴. همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۰۳

۵. همان، ص ۸۶ و ۸۷

در فقه، در مواردی که مجال اجرای اصل ابقای عقود وجود دارد، موضع واحد و یکسانی وجود ندارد. گاه تمایل به ابقای عقد بوده و گاه نبوده است.^۱

اما، در واقع، محور همه‌ی مدارک اصل بقای عقود، عرف عادت است که در صورت امکان اصلاح و مرمت عقد مختل و ناقص یا عقدی که بعد از انعقاد با مشکل مواجه شده است به بقای آن می‌اندیشد و مدارک نقلی، بیان‌کننده حکم امضایی است.^۲ پس، از یک‌سو، شرع بر ابقای عقود صحه می‌گذارد و مهر تایید می‌زند و از سوی دیگر، عقل مصلحت‌اندیش در مسائل معاملات و قراردادهای آن پشتیبانی می‌کند.^۳

در حالی که ایشان در جایی نوشته‌اند اصل ابقای عقود از فکر اصالت اجتماع نشأت می‌گیرد.^۴ در جای دیگر و بر خلاف آن گفته‌اند: «اصل ابقای عقود هیچ ارتباطی به مسئله نظم عمومی و با اصالت اجتماع ندارد.»^۵ در واقع، ایشان با ارجاع به مفاهیمی مانند نظم عمومی و یا نظم عمومی اقتصادی با ادعای فقدان انضباط حقوقی مخالف است^۶ و حتی عدالت را نیز از جمله اموری می‌داند که فاقد انضباط حقوقی است و در روش تحقیق قابل استفاده نیست و استناد به آن گمراه‌کننده است؛ زیرا برداشت از عدالت به قدر نفوس خلائق است. به علاوه، از نظر ایشان عدل، اصل عملی است و اصل عملی در حل مجهولات به کار نمی‌آید.^۷ این سخن در حالی بیان می‌شود که هدف حقوق تحقق عدالت است و قرآن کریم به اجرای عدالت فرمان می‌دهد و عدالت را نزدیک‌ترین وسیله رسیدن به تقوا می‌داند (اعدلوا هو اقرب للتقوی آیه ۸ سوره مبارک مائده) و عدالت سنگ زیرین و مبنای تمامی احکام اسلام است.

ج- عناصر ابقای عقود

عناصرشناسی یکی از ابتکارات استاد جعفری لنگرودی در پیام مفاهیم و ماهیات حقوقی است. ایشان عناصر ابقای عقد را در آثار مختلف خویش در سه یا چهار عنصر معرفی کرده است. در حالی که در کتاب الفارق جلد اول سه عنصر را نام برده‌اند، در کتاب‌های تئوری موازنه و صد مقاله چهار عنصر بیان کرده است.

در هر حال عناصر ابقای عقود عبارتند از:
یک؛ وقوع عقد با تمام عناصر سازنده آن؛

۱. همان، ص ۲۶۲

۲. همو، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۷۸

۳. همو، الفارق، ج اول، پیشین، ص ۴۸

۴. همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، پیشین، ۱۳۹۴، ص ۱۴۲

۵. همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، پیشین، ۱۳۹۳، ص ۲۶۴

۶. همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، پیشین، ۱۳۹۴، ص ۱۴۹

۷. همان، ص ۱۴۹

دو، بروز خلل در خود عقد مانند تخلف از وصف (اختلال رضا یا اشتباه عاقد که به قول فرانسویان رضا را معیّب می‌کند) یا بروز خلل در اجرای عقد، به عنوان مثال، تسلیم قسمتی از موضوع قرارداد ممکن باشد نه تمام آن و یا بهم خوردن تعادل اقتصادی در ارزش عوضین که بعد از عقد و مدتها بعد اتفاق افتد. به بیان دیگر، خلل در عقد، در رضای عاقد و اصول سه‌گانه موازنه که ناشی از تراضی است. مقصود از اصول سه‌گانه موازنه در نظر او عبارت است از: موازنه در تملیک به تملیک و موازنه در تسلیم به تسلیم و موازنه در ارزش عوضین.

سوم، امکان ابقا و اصلاح با وجود خلل در عقد وجود داشته باشد. چهارم، به دلیل مصلحت اجتماعی در نظام عقود (مالی یا غیر مالی) قانون‌گذار به تبعیت از عمل اهل عرف، ابقای عقد را ترجیح بدهد.^۱

د- قلمرو اصل ابقای عقود

گفته شد که در عقود در مواردی که اختلال در رضا باشد و نیز خللی در اجرای عقد ایجاد شده باشد و حتی در حدوث عدم تعادل اقتصادی دو عوض اصل ابقای عقود جاری می‌شود. اما از نظر استاد جعفری لنگرودی اصل ابقای عقود محدود به عقود نیست و قلمرو اصل مذکور فراتر از قراردادهاست و در ایقاعات نیز مجری است. نتیجه چنین سخنی آن است که ایشان نظریه عدم نفوذ را ویژه عقود ندانند و در ایقاعات نیز جریان داشته باشد و در صورت ایقاع فضولی یا اکراهی، ایقاع واقع شده غیر نافذ باشد. نتیجه‌ای که بدان تصریح نشده است.

همچنین، ایشان معتقدند که در طرح عقود نیز اصل ابقای عقود به کار می‌رود مقصود ایشان از طرح عقود زمانی است که صورتی از عقد وجود داشته باشد مانند عقد مکره و عقد فضولی^۲. در این موارد قاعدتا به جهت فقدان یکی از عناصر عقد باید آن را باطل بدانیم اما قانون‌گذار به جهت مصالح اجتماعی وضعیت عدم نفوذ را پذیرفته است تا بتوان با تنفیذ بعدی به بقای عقد کمک کرد.

ایشان بر خلاف نظر مشهور و نص ماده ۹۵۴ قانون مدنی که انحلال عقد جایز را با فوت و جنون یکی از متعاقدين اعلام می‌کند، معتقد است اصل ابقای عقود در مورد عقود جایز هم اجرا می‌شود و فوت و جنون

۱. همو، الفارق، پیشین، ص ۴۸؛ همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، پیشین، ص ۱۴۱؛ همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تنوری موازنه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۳.

۲. از نظر استاد جعفری لنگرودی طرح عقد ممکن است در مرحله مذاکرات یا مقابله تجلی کند که تعهدآور و الزام‌آور نیست و ممکن است عقد اکراهی یا فضولی باشد که قطعاً فاقد یکی از عناصر عقد است و عقد بودن آن ثابت نمی‌شود و تراضی ناقص صرفاً طرح عقد است. ابقای طرح پاره‌ای از عقود باطل برای به ثمر رساندن آنها به جهت مصالح اجتماعی و با الهام‌گیری از عرف معاملات توسط قانون‌گذار اجازه داده شده است. (همو، الفارق، ج ۲، ۱۳۸۶ صص ۳۸ و ۳۹؛ همان، ج ۳، ص ۲۸۹) به بیان دیگر، وی، طرح عقد، عمل حقوقی است، نه عقد است و نه ایقاع و نه برزخ بین عقد و ایقاع. ولی حقیقت خارجی در عالم وجود اعتباری دارد. (همو، ۱۳۸۴، ص ۱۱۷)

و سغه نمی‌تواند از اسباب انحلال عقود جایز باشد^۱ توضیح آنکه به اعتقاد ایشان، ماده ۹۵۴ قانون مدنی مبتنی بر فقه اهل سنت یا جمهور است و دلیلش این است که روح عقود جایز اباحه یا استنباه است و این هر دو قائم به اذن دهنده هستند. همچنین، اذن در عقود جایز پس از عقد استمرار دارد پس تا زمانی که مستمر است باید مقرون به اهلیت عاقد باشد و با فوت و جنون و سغه اذن دهنده اذن قطع یا مختل می‌شود و عقود اذنی جایز منحل می‌گردد. ایشان در نقد نظر مشهور معتقد است «ادامه اهلیت بعد از ختام عقد هیچ دلیل ندارد. همان اهلیت حین العقد بس است مانند عقود لازم». پس از فوت، ورثه و پس از سغه و جنون، قیم عاقد حق سلب اختیار را دارد. دلیل ایشان اصل ابقای عقود است که مصالح اجتماعی پشتوانه آن است.^۲

ایشان اضافه می‌کنند که اندیشه ابقاء در خارج از عقود نیز وجود دارد. به عنوان مثال، در تعریف استصحاب به ابقاء ماکان علی ماکان، در بقاء ذمه میت، در معاطات ضمن عقد فاسد^۳ در باب تقریر عقد و در مورد شرط فاسد و مفسد که پس از عقد به تراضی آن شرط را حذف کنند و خود عقد را ابقاء نمایند^۴ همچنین، در مورد بهم خوردن تعادل اقتصادی عوضین که بعد از عقد و در عقود مستمر و موجل واقع می‌شود، ایشان ضمن انتقاد از اصطلاح غبن حادث معتقدند بر اساس اصل ابقای عقد نظر به بقاء عقد داریم و برای جبران موازنه مخدوش نظر به امهال یا تعدیل داریم^۵. به بیان دیگر، ایشان نظریه حوادث پیش‌بینی نشده را پذیرفته و قائل به تعدیل قرارداد است نه فسخ قرارداد بر مبنای غبن حادث و یا تخلف از شرط ضمنی تعادل. اما در باب تداعی و تخالف، که امکان ابقا و اصلاح وجود ندارد، به نظر ایشان، اصل ابقای عقود جاری نمی‌شود.^۶

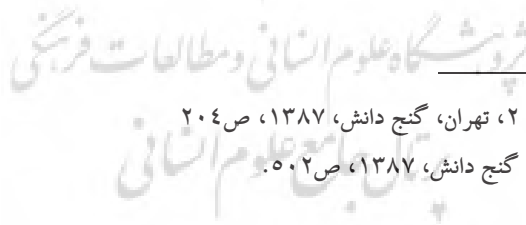
ه- ابقای عقود و مفاهیم مشابه
در کنار اصل ابقای عقود، نهادهای نزدیک و مشابهی در نظام حقوقی ایران وجود دارد که به نظر مبتکر اصل ابقای عقود این نهادها با همدیگر تفاوت دارند. به موجب آن هر عقدی که عرفا و ظاهراً واقع شده باشد و در بطلان یا صحت آن از حیث شبهه موضوعی تردید حاصل شود محمول بر صحت است مگر فساد آن ثابت

-
۱. همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۴۸؛ همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۳.
 ۲. همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۱۵۱.
 ۳. همو، فلسفه حقوق مدنی، ج یک، عناصر عمومی عقود، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۱۶۲.
 ۴. همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۵۳.
 ۵. همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۲.
 ۶. همان، ص ۲۶۳؛ همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۴۸.

شود، زیرا بنای عقلا آن است که عقد را درست واقع سازند.^۱ در این جا نیز ابقای عقد اختیار می‌شود با این تفاوت که در اصل ابقای عقود، مسلم است که در عقد خللی وجود دارد، مثلاً رضا مختل است یا یکی از عناصر عقد مفقود است، مانند عقد مکره یا فضولی که علی القاعده بطلان عقد مسلم است، اما مقنن از باب مصالح اجتماعی ابقای عقد را بر می‌گزیند یا راهی را برای امکان انتخاب بقای عقد باز می‌گذارد؛ اما در اصله الصحه تردید، در صحت یا فساد عقدی که ظاهراً واقع شده وجود دارد، نه شک در وقوع یا عدم وقوع عقد که مجرای اصل عدم است و بار اثبات فساد بر عهده مدعی است و اصل بر صحت عقد واقع شده است.

نهاد مشابه دوم اصله اللزوم است. استاد جعفری لنگرودی در توجیه اصل لزوم قراردادهای نیز سخن ابتکاری دارند. از نظر ایشان، در نهاد عقود و ایقاعات در ضمیر اصحاب معاملات مصلحتی تمییز داده می‌شود که مصلحت کامنه نام نهاده شده است. این مصلحت از اجزای وجودی ماهیات حقوقی است، یعنی از عناصر است. در بیع، لزوم بیع از عناصر آن است^۲ و عناصر در اختیار عرف عادت است. پس تمییز مصلحت کامنه در طبع عقود و ایقاعات با عرف عادت است^۳ مصلحت کامنه از عناصر (اجزای وجودی) عقود است و از فکر اصالت فرد و اصالت اجتماع مستقل است. (همو، ۱۳۸۷، ص ۵۰۴) ایشان لزوم غالب عقود مستمر و از جمله عمری، رقبی و سکنی را ناشی از مصالح کامنه می‌داند.^۴

لزوم عقود یکی از مصالح متعاقدين است و مصالح عقود در قالب تراضی طرفین جای دارند. تراضی به مصالح عقود صورت و شکل می‌بخشد: تراضی صورتگر مصالح عقود است. مصالح عقود ماده‌ای است که تراضی به آنها صورت می‌دهد. اصل لزوم عقود هم‌زمان با انعقاد عقد پدید می‌آید و بحث لزوم عقد را باید از مرحله حدوث عقد آغاز کرد. در مرحله بقای آثار عقد، اگر مشکلی بروز کرد می‌توان از اصل ابقای عقود کمک گرفت. همچنین، از این حیث که اصل ابقای عقود در مورد عقود جایز هم به کار می‌رود با اصله اللزوم متفاوت است.^۵



۱. همو، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۰۴.
۲. همو، اندیشه و ارتقاء، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۵۰۲.
۳. همان، ص ۵۰۳.
۴. همو، قوه قدسیه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۳۷۳.
۵. وی در ذیل مصلحت نوشته‌اند: «علم فقه یا حقوق، علم مصالح آدمیان است و مسائل آن چه در مقام تشریح چه غیر آن و در روابط انسان‌ها حول محور مصالح دور می‌زند. عقود و ایقاعات از این اصل مستثنی نیستند. (همو، الفارق، ج ۵، ۱۳۸۶، ص ۱۳) «استدلال بر لزوم یا جواز عقود، باید مستند به امری باشد که فراگیر از مننه و امکانه این جهان باشد. آن امر از نظر من مصالح عاقدین است. آنان غالباً مصلحت خود در لزوم یا عدم لزوم عقد را تشخیص می‌دهند» (همان، ص ۱۴) «بنابراین، لزوم یک عقد محتاج به احراز مصلحت ملزمه است که من آن را مصلحت کامنه نام داده‌ام» (همان، ص ۱۴) ایشان در نقد نظر شیخ انصاری که لزوم و جواز را از احکام شرعی می‌داند نه از مقتضیات طبع عقود، می‌نویسد این نظر یک مجردگرایی محض و بدون دلیل است و به حقایق تاریخی توجه نشده است. به نظر استاد جعفری لنگرودی مصلحت کامنه در نهاد عقد لازم، اقتضای لزوم را دارد. (همو، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، اصول عامه اذن و اذنیات، ۱۳۸۰، ص ۲۸۳)
۶. همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۴.

البته، اصل لزوم عقود و اصل ابقای عقود بی‌ارتباط نیستند؛ زیرا اگر در تمییز لزوم یا جواز عقدی (مانند سبق و رمایه) تردید باشد، به استناد اصل ابقای عقود طرفین باید بدان ملتزم باشند.^۱

نهاد دیگری که با اصل ابقا نزدیک و مرتبط است، اصل یا نظریهٔ ادارهٔ عقد است. استاد جعفری لنگرودی معتقد است «نظریهٔ ادارهٔ عقد نظر تازه‌ای است که راقم این سطور در حدود سال ۱۳۳۵ آن را کشف کرده و با شرح جامع آن را در کتاب *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت ثبت کردم*»^۲ مقصود ایشان از ادارهٔ عقد به ظاهر متعارض است: از یک سو، در کتاب *فلسفه حقوق مدنی*، جلد یک مقرر شده «ادارهٔ عقد یعنی به حسب صورت بین دو طرف عقدی واقع شده است لیکن به علت فقدان یک عنصر اساسی (که قصد نتیجه است) از نظر معیارهای حقوق مدنی، عقدی رخ نداده است. اما قانون‌گذار می‌گوید ما این عمل را که صورت عقد دارد به اراده قانونی خود بر پا نگه داشتیم زیرا صلاح جامعه را چنین تشخیص می‌دهیم».^۳ در جای دیگر می‌فرماید «ادارهٔ عقد موضوع ساز نیست، حکم ساز است. نظریهٔ ادارهٔ عقد دخل و تصرف در عناصر عقود نمی‌کند و عناصر عمومی یا اختصاصی هیچ عقدی را در هم نمی‌ریزد، بلکه مثلاً عقد فضولی یا مکره را در حکم صحیح می‌شمارد.^۴ از سوی دیگر، در جلد اول الفارق نگاشته‌اند «ادارهٔ عقد یعنی مصلحت اجتماعی موجب شود که عقد صحیحی که با همه عناصر آن واقع شده یا ابقا شده باشد بدون استمداد از قصد و رضای عاقدین، مورد اداره قرار گیرد و به بقای آثار آن کمک داده شود به نحوی که بدون این کمک، یا منظور عاقدین تامین نشود یا حالت بلا تکلیفی و اختلاف نظر پدید آید»^۵ از مثالهایی که ایشان نقل می‌کنند مانند قوانین تکمیلی و اختیارات که در مقام ادارهٔ عقد مقرر شده‌اند،^۶ بر می‌آید که نظر اخیر مقصود ایشان می‌باشد. در هر حال، به نظر ایشان، اصل ابقای عقود غیر از اصل ادارهٔ عقود است و از نظر مرتبه مقدم است. یعنی نخست در موارد مشمول قلمرو اصل ابقای عقود این اصل به کار گرفته می‌شود و سپس عقد موجود یا عقد ابقا شده زیر قانون ادارهٔ عقد قرار می‌گیرد. نتیجهٔ ابقای عقد پیوسته ابقای عقد است، اما نتیجهٔ ادارهٔ عقد متفاوت است: گاه حکم به اعطای مهلت به متعهد داده می‌شود و گاه موضوع قرارداد تعدیل می‌شود و گاه با دادن حق فسخ به زیان‌دیده قرارداد اداره می‌گردد. از نظر ایشان رابطهٔ اصل ابقای عقد و اصل ادارهٔ عقد رابطهٔ عموم و خصوص من وجه است.^۷ و زاویهٔ دید در نظریهٔ ادارهٔ عقد نگاه اجتماعی است.^۸

۱. همو، اندیشه و ارتقاء، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۸۴.

۲. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، ج یک، عناصر عمومی عقود، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۲۹۵.

۳. همان، صص ۲۹۷ و ۲۹۸.

۴. همان، ص ۳۰۳.

۵. همان، ص ۱۸۳.

۶. همان، ص ۲۹۵.

۷. همو، *فلسفه عمومی حقوق بر پایهٔ اصالت عمل*، تئوری موازنه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۴.

۸. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، ج یک، عناصر عمومی عقود، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۲۹۹.

بند دوم: نتایج و آثار مترتب بر اصل ابقای عقود

الف- اعمال اصل ابقای عقد در مرحله تراضی

استاد جعفری لنگرودی در تشریح اعمال اصل ابقای عقد در مرحله تراضی، اقسام خلل در رضا را برشمرده است: خلل ناشی از اشتباه عاقد مانند غالب خیارات، خلل در رضا در مورد عقد ناشی از اکراه، خلل در رضا ناشی از بهم خوردن موازنه در ارزش عوضین پس از عقد بر اثر نوسان قیمت‌ها^۱ از نظر ایشان حتی تسلیم مورد قرارداد که از اصول موازنه است (تسلیم در برابر تسلیم) تحت الشعاع تراضی قرار دارد و خلل در تسلیم به خلل در رضا بر می‌گردد.^۲ ایشان اقسام اختلال در رضا را در فقه ناظر به اختلال در جنس و مقدار و وصف مورد معامله می‌داند.^۳

به نظر وی، به حکم عقل وقتی در رضا خلل ایجاد شود رضایت علی القاعده نباید موثر باشد و عقد باطل تلقی گردد، نه غیر نافذ و قابل اصلاح و مرمت نیست. به زعم ایشان در حقوق فرانسه، به پیروی از فردگرایان که می‌خواهند از راه تجزیه و تحلیل اراده‌ی عاقد، که از اشتباه، آسیب دیده، اشتباه در عقود را حل کنند و بدون استدلال می‌گویند رضای حاصل از اشتباه موجب عدم نفوذ عقد است نه بطلان آن. «این سخن خلاف عقل را تا کنون توجیه نکرده‌اند، آن را بدون استدلال رها کرده‌اند»^۴

ایشان موضع فقه را نقد می‌کند که به عاقد زیان‌دیده از اشتباه معمولاً حق خیار (با ارش یا بدون ارش) می‌دهند، زیرا مبنای خیارات یعنی لاضرر نارسایی دارد و از عهده توجیه خیارات بر نمی‌آید. بعلاوه، قانون مدنی را نیز از این حیث که دو طرح نارسای شرق و غرب را باهم گرد آورده و اشتباه در خود موضوع معامله یا اشتباه در وصف جوهری را وارد نظام حقوقی کرده است، مورد انتقاد قرار می‌دهد.^۵

در برابر، ایشان معتقد است در نظام‌های حقوقی اسلام و روم یک اندیشه مشترک وجود دارد که با وجود اشتباه معامله کننده، کیان عقد برای مرمت و اصلاح باقی می‌ماند «که من آن را کشف کردم و اصل ابقای عقود نام نهادم». ریشه‌ی این اصل در عرف عادت بوده است. اگر به خاطر هر حادثه‌ای در عقود حکم به بطلان کنیم، روابط اقتصادی و اجتماعی مردم مختل می‌شود. پس باید اصل را بر بقای عقد بگذاریم و ترتیبی اتخاذ شود تا از زیان‌دیده رفع ضرر شود. یعنی زیان‌دیده مختار است یا برای رفع ضرر عقد را فسخ کند و یا با ارش و ابقای عقد، موازنه از دست رفته بازگردد و نگوییم ارش خلاف قاعده است.^۶ در همین راستا ایشان متن پیشنهادی خود را در خصوص اشتباه بدین شکل بیان می‌کند: «۱- اشتباه اگر مانع

۱. همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۴۷.

۲. همان، ۴۷.

۳. همان، ۱۷۰.

۴. همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۴، صص ۹۵-۹۱.

۵. همان، ص ۹۲.

۶. همان، صص ۹۳ و ۹۴.

تحقق تراضی باشد عقد واقع نمی‌شود. ۲- اشتباه اگر مانع تحقق تراضی نباشد عقد واقع می‌شود و زیان‌دیده حق دارد عقد را فسخ کند و یا به بقای آن رضایت دهد، ضرر او جبران می‌شود.^۱

ب- اعمال اصل ابقای عقد در شروط ضمن عقد

ایشان در خصوص اعمال اصل ابقای عقد در شروط ضمن عقد در کتب مختلف خویش چهار فرض را مطرح کرده‌اند:

فرض اول در خصوص شرط باطل است. در مورد تاثیر شرط فاسد بر عقد مشروط دو دیدگاه وجود دارد. برخی فقها مانند علامه حلی معتقدند متعاقدين بر مجموع عقد و شرط تراضی کرده‌اند و متعلق تراضی آنان مرکب بوده و با انتفای یک جزء، آن موجود مرکب منتفی می‌شود و در نتیجه نظریه جزئیت شرط ضمن عقد را مطرح کرده‌اند که با بطلان شرط ضمن عقد، بخشی از عقد باطل است و مجرای خیار تبعض صفقه است. دیدگاه دوم بر استقلال نسبی عقد از شرط، تکیه می‌کند و همان‌گونه که مقنن در ماده ۲۳۲ قانون مدنی عمل کرده است اصولاً شرط باطل مبطل عقد اصلی نیست و مشروط له جاهل حق فسخ عقد مشروط را دارد. استاد جعفری لنگرودی معتقد است با اتکا به نصوص اصل ابقای عقود باید گفت شرط فاسد مفسد عقد نیست زیرا «الحرام لا یفسد الحلال». استدلال به مرکب بودن عقد مشروط و انتفای مرکب به انتفای جزء نیز در موجودات اعتباری جای ندارد و تکیه بر قصد متعاملین که غالباً مردم کوچه و بازار هستند معقول نیست. در نتیجه، در شرط فاسد به کمک اصل ابقای عقود باید گفت کسی که از شرط باطل زیان دیده می‌تواند عقد را به همان وضع (بدون شرط) قبول کند و یا آن را فسخ نماید. او حق ندارد که بابت نرسیدن به شرط، مقداری از ثمن را استرداد کند. اگر زیان‌دیده با علم به فساد شرط وارد عقد شده است حق فسخ عقد را نیز ندارد.^۲ (همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، ۱۳۹۴، صص ۱۰۰ و ۱۰۱) چنین نتیجه‌گیری در این مورد بعید و قابل انتقاد است. در حالی که ایشان مکرر قاعده معروف «الشرط لا یقسط علیه الثمن» را بی‌اساس می‌داند^۳ و در موضع مشابه به زیان‌دیده حق می‌دهد بر مبنای اصل موازنه در ارزش عوضین و آیه التراضی ابقای عقد با اخذ ارش را بر گزینند، چرا در این خصوص به ابقای عقد بدون ارش فتوا داده‌اند. محدود کردن اصل موازنه در ارزش عوضین به دو عوض اصلی و نادیده گرفتن شرط ضمن عقد بر خلاف عدالت و آیه التراضی است.

ایشان در خصوص فرض دوم یعنی تعذر شرط، ضمن عقد به علت خارجی و امکان عدم فسخ عقد و مطالبه ارش معتقدند در هر مورد که شرط موثر در موازنه ارزش عوضین باشد، مطالبه ارش بابت تعذر

۱. ظاهراً در تایپ متن اشتباهی در منبع نقل شده اتفاق افتاده است و قسمت اخیر بند ۲ مبهم است. به نظر می‌رسد باید این گونه باشد: «..»

و زیان‌دیده حق دارد عقد را فسخ کند و یا با اخذ ارش به بقاء آن رضایت دهد»

۲. همان، صص ۱۰۰ و ۱۰۱.

۳. همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، صص ۵۰ و ۵۱.

شرط، طبق قاعده (یعنی اصول موازنه مستخرج از آیه التراضی) است. بنابراین زبان دیده مختار است بر مبنای اصل ابقای عقد و اصل موازنه در ارزش عوضین به بقای عقد با اخذ ارزش رضایت دهد و یا به استناد قاعده لاضرر، که مبنای اصلی خیار است، عقد را فسخ کند.^۱

فرض سوم ناظر به تلف موضوع شرط، قبل از تسلیم به مشروط له است. اگر آن شرط در موازنه در ارزش موثر بوده باشد مشروط له می‌تواند به استناد اصل ابقای عقود عقد را فسخ نکند و بابت فقدان شرط ارزش بخواهد که از محل ثمن المسمی داده می‌شود (ضمان معاوضی)؛ زیرا اهمیت اقتصادی بسیاری از شروط به مراتب بیشتر از عیب مبیع است و به طریق اولی جای ارزش است و قاعده لاضرر هم آن را تقویت می‌کند. ایشان مسئله را کلی‌تر بیان کرده و معتقدند در صورت تخلف از شرط فعل، مشروط له مخیر به فسخ عقد و امساک یا ابقای عقد است یا مطالبه ارزش. اما اگر شرط فعل در موازنه ارزش عوضین تأثیری نداشته باشد اعمال اصل ابقای عقود بدون جبران ضرر ممکن نیست و جبران ضرر بدین نحو است که بتواند با اعمال خیار عقد را فسخ کند.^۲

فرض چهارم ناظر به شرط باطل و مبطل است. قاعدتا وقتی شرطی مانند شرط خلاف مقتضای ذات عقد بیاید عقد اصلی نیز باطل است و حذف بعدی شرط نباید قادر باشد به عقد باطل و معدوم سابق حیات دوباره ببخشد. لیکن ایشان معتقدند می‌توان شرط فاسد و مفسد را پس از عقد از عقد حذف کرد و طرحی را که عاقدین در آن عقد در نظر داشته‌اند از تاریخ انعقاد عقد تصویب کنند. نظر مخالف بی‌دلیل است و مخالف روح اصل ابقای عقود و مستندات آن است.^۳

ج- اعمال اصل ابقای عقد در مرحله فسخ و خیار

ایشان با بیان این امر که در صورت بهم خوردن موازنه ارزش عوضین در قرارداد، مطابق قاعده موازنه در ارزش که از آیه التراضی استخراج می‌شود، راه برای ارزش باز می‌شود و با تکیه بر اصل ابقای عقود، عقد مختل شده ابقاء و برای جبران ضرر ارزش دریافت می‌گردد. به بیان دیگر، قاعده لاضرر در همراهی با اصل ابقای عقود و آیه التراضی اثر خود را می‌گذارد و لاضرر به تنهایی برای اثبات خیار کافی نیست^۴ و ارزش قاعده است نه استثناء^۵. در راستای اجرای این قاعده کلی است که:

نخست: در مورد تخلف وصف، زیان دیده حق دارد عقد را فسخ کند و ثمن را مسترد کند یا عقد را ابقاء

۱. همو، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۱۸۶.

۲. همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

۳. همو، الفارق، ج سوم، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۹۰.

۴. البته ایشان در جای دیگر با لحن متفاوتی سخن می‌گویند: «قاعده لاضرر، توانایی اثبات هیچ یک از خیارها را ندارد». همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، ۱۳۹۳، ص ۱۶ که باید آن را حمل بر آن کرد که لاضرر به تنهایی چنین توانی ندارد.

۵. همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۲۰؛ همو، الفارق، ج چهارم، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۳۲۰.

کند با مطالبه ارش. قول مشهور مبنی بر این که «الاصاف لا یقابل بالاعواض» فاقد مبنای محکمی است. مدارک اصل ابقای عقود جانب بقای عقد را می‌گیرد و مقتضای لاضرر حق ارش برای زیان‌دیده است.^۱ دوم: اجبار مشروط علیه به انجام شرط فعل و یا انجام شرط به هزینه وی و تقدم اجبار بر فسخ بر اصل ابقای عقود استوار است.^۲

سوم: گفته شده است چون «الاصاف لا یقابل بالاعواض» پس امکان مطالبه ارش در خیار عیب حکمی است خلاف قاعده. در حالی که اگر از زاویه دید اصل موازنه در ارزش عوضین نگریسته شود، اصل ابقای عقود و قاعده لاضرر مقتضی حق زیان‌دیده در مطالبه ارش است.^۳

چهارم: به نظر ایشان، قاعده معروف «الشرط لا یقسط علیه الثمن» از اغلاط مشهور است و قابل اعتنا نیست. بنابراین اگر اجرای شرط فعل، متعذر گردد مشروط له می‌تواند به اتکای اصل ابقای عقود، عقد را فسخ نکند و از مشروط له ارش بخواهد. نظر مشهور مبنی بر فسخ یا ابقای بدون ارش مخالف قاعده لاضرر و آیه التراضی مبنی بر لزوم موازنه در ارزش عوضین است.^۴

پنجم: در صورتی که یکی از متعاملین مغبون شود و غبن و عدم تعادل اقتصادی عوضین در زمان عقد باشد راهکارهای عدم نفوذ به جهت عیب رضا و بطلان عقد به دلیل عقد بدون علت و خیار غبن به خاطر اختلال در رضا و قاعده لاضرر مطرح شده است. اما به کمک اصل ابقای عقود و آیه التراضی و قاعده موازنه در ارزش عوضین، از یک سو، اگر غابن به میل خود ارش و مابه التفاوت بدهد مغبون باید بپذیرد و حق فسخ او ساقط است و از سوی دیگر، نیز، مغبون می‌تواند بجای فسخ ارش بخواهد.^۵

ششم: در خیار تدلیس نیز زیان‌دیده در فسخ و یا اخذ ارش و ابقای عقد مختار است. قاعده لاضرر دلیل توجیه‌کننده حق فسخ زیان‌دیده است و اصل ابقای عقود و قاعده موازنه در ارزش عوضین مقتضی اختیار عدم فسخ و حق اخذ ارش است.^۶

هفتم: قانون‌گذار پاره‌ای از اختیارات را فوری اعلام کرده که باید در اولین فرصت عرفی بعد از اطلاع به سبب خیار اعمال گردد و الا خیار ساقط می‌شود و برای برخی اختیارات به حکم قانون یا توافق مدت تعیین شده است. اما تعدادی از اختیارات هستند که نه مدت قانونی یا توافقی دارند و نه به فوریت آنها تصریح شده است. مشهور معتقد است که در مورد اختیارات قسم اخیر بقای خیار استصحاب می‌شود.

۱. همو، الفارق، ج اول، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۳۰۹؛ همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چاپ

۲. تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۸۴.

۳. همان، ص ۵۲.

۴. همو، ۱۳۹۳، ص ۲۱۹.

۵. همان، ص ۳۹۱.

۶. همان، ص ۲۲۱.

۷. همو، الفارق، ج چهارم، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، صص ۳۱۸ و ۳۱۹.

استاد جعفری لنگرودی سابقاً معتقد بود که خیار نوعی سلطه و ولایت است و اصل بر عدم ولایت افراد بر یکدیگر است و مدت خیار و سلطه ذوالخیار باید تفسیر مضیق شود و در مهلت فوری عرفی اعمال گردد و الا خیار ساقط می‌شود. لیکن ایشان در نظر جدید خویش به عقیده مشهور بر گشته‌اند، اما با دلیل متفاوت. به نظر ایشان مدارک اصل ابقای عقود، حاکم بر اصل عدم ولایت است و به موجب اصل ابقای عقود تا زمانی که ضرری از درنگ صاحب خیار به طرف او وارد نشده است حق خیار او باقی است.^۱

بند سوم: ارزیابی نهایی

بدون تردید قراردادهای منعقد می‌شوند تا اجرا شوند. هدف قرارداد وفای به عهد است نه وسیله سقوط تعهد آن گونه که قانون مدنی به تبعیت از حقوق فرانسه بیان کرده است.

اصولی مانند صحت قراردادهای، لزوم عقود، استثنایی بودن عقود، جایز و قدرت اجبار کننده یا نیروی الزام آور عقود که از آیه «وفوا بالعقود» استنباط می‌شوند تأمین کننده بقا و اجرای عقد است. توسل به عرف و عادت و قوانین تکمیلی، برای تفسیر قصد متعاقدين، تکمیل عقد و نشستن به جای قصد مشترک ضمنی متعاملین و به بیان کلی تر، اداره عقد، همگی در راستای بقای عقد هستند. نهادهای حقوقی مانند تعدیل قضایی و قانونی، مهلت عادلانه، استمهال قانونی و قاعده انحلال عقد واحد به عقول متعدد نیز همسو با اصل ابقای عقد هستند. عرف و عادت، مصالح بشری، عقل مصلحت جو و حتی تحلیل اقتصادی قرارداد باید در صدد ابقای قرار حرکت و موافق «افوا بالعقود» عمل کند. تنها مواردی که بقا و اجرای عقد موجب سوء استفاده یکی از متعاملین شود و نقض کننده قرارداد از تخلفش منتفع شود و وضعیت زیان دیده را بدتر از حالت فسخ کند می‌توان اصل ابقا را نادیده گرفت.

اصل ابقای عقود قلمرو گسترده‌تری از نهادهای موجود، که ذکر آن رفت، را پوشش می‌دهد و مراحل تراضی، اجرای عقد و اختیارات را نیز در بر می‌گیرد. این اصل را می‌توان حتی به ایقاعات و عقود جایز نیز تسری داد. به جهت میل بشر به جاودانگی و بقا، در سایر نهادهای حقوقی مانند اسباب و حتی غیر حقوقی نیز اصل ابقا جریان دارد.

به نظر می‌رسد نظریه اصل ابقای عقود از این حیث که قلمرو عام دارد و نظریه فراگیر است و مصادیقی را شامل می‌شود که سایر نهادها و قواعد حقوقی آن را پوشش نمی‌دهند مفید باشد.

لیکن، در خصوص آثار این اصل و انطباق آن با قانون مدنی و اقتصادی بودن نتایج حاصل از ابقای عقود و پذیرش آنها از سوی عرف عادت باید تأمل کرد. بدون شک قانون مدنی در برخی موارد مانند اختیارات و تبعض صفا و ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل راهکاری را برگزیده است که همسو با اصل ابقای عقود است؛ اما موارد متعددی نیز وجود دارد که از لحاظ قلمرو کمتر از فرض پیشین نیستند و در آنها قانون‌گذار و مشهور فقهاء روش و راهکاری را برگزیده که سازگار با اصل ابقا نیست، مانند تخلف از وصف و شرط

صفت، غبن، تدلیس و تخلف از شرط صفت مقدار در مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی. همچنین، مبتکر اصل ابقای عقود، در غالب موارد، اصل مذکور را در کنار قاعده لاضرر و اصل موازنه‌ی مستنبط از آیه التراضی اعمال می‌کند و امکان فسخ قرارداد، در کنار اختیار اخذ ارش و ابقاء عقد، هر چند عادلانه نیز به نظر آید، به نوعی هدف ابقای عقود را، که به نظر مبتکر آن ریشه در عرف عادت دارد، نقض می‌کند و اختیار همزمان زیان‌دیده در فسخ یا ابقاء بر خلاف هدفی است که اصل ابقای عقود در مقام وصول به آن است.

از حیث تحلیل اقتصادی و استناد به عقل مصلحت‌اندیش و عرف عادت به نظر نمی‌رسد همیشه ابقای عقود و تحمیل آن بر متعاملین کارایی اقتصادی داشته باشد و عرف آن را بپذیرد. چه بسا متعهدله بخواهد با فسخ عقد از ادامه ضرر جلوگیری کند یا قبل از تحقق نقض عقد و در زمانی که قرائن معقول بر نقض در آینده وجود دارد خود را از عقدی که منبع ضرر است رها کند. اصل احتیاط و شان نزول قاعده لاضرر، که با از بین بردن منبع ضرر (کندن نخل) راه تکرار بر خطا را بست، فسخ عقد را توجیه می‌کند. البته توجه همزمان به اصل ابقای عقود و قاعده لاضرر و اصل موازنه در ارزش، که مبتکر نظریه ابقای عقود مطرح می‌کند، می‌تواند در کنار تحلیل اقتصادی قواعد انعقاد و اجرا و فسخ قراردادها و شروط ضمن عقد اشکالات گفته شده را دفع کند و اعتبار حقوقی و کارایی اقتصادی پاره‌ای قواعد به ظاهر مسلم، مانند الاوصاف لا یقابل بالاعواض و الشرط لا یقسط علیه الثمن، را زیر سوال ببرد و راهکارهای قانون مدنی در مورد غبن و تدلیس و تخلف از شرط صفت یا وصف را، که صرفاً حق فسخ را مقرر کرده، خدشه دار سازد، اما دیگر نمی‌توان از قلمرو عام اصل ابقای عقود سخن گفت و باید اصل مذکور را در کنار سایر قواعد به ویژه قاعده لاضرر مطالعه و اجرا کرد.

منابع و مأخذ:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، جلد دوم، اذن و اذنیات، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، جلد یک، عناصر عمومی عقود، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، الفارق، جلد اول تا پنجم، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، اندیشه و ارتقاء، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، تاثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۳)، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصلت عمل، تئوری موازنه، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۷)، فن استدلال در منطق حقوق اسلام، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۷)، قوه قدسیه، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.