

Evaluating the view of the effect of the void clause in establishing the right of termination for constitutional law in Imamiyyah jurisprudence and Iranian law with a view to foreign legal systems

Morteza Chitsazian¹, Mehdi Narimanpour^{2*}

1- Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Faculty of Jurisprudence and Law, Shahid Motehari University, Tehran, Iran.

2- Ph.D. student, jurisprudence and private law, faculty of jurisprudence and law, Shahid Motehari University, Tehran, Iran.

Received Date: 2023/07/13

Accepted Date: 2023/10/25

Abstract

the contract, sometimes it causes ignorance of the other parties, and sometimes it is not like these last two types. In the first two cases, it causes the nullity of the contract, but in the third case, according to popular opinion, it does not cause the nullity of the contract, but whether it can affect the contract or not? There is a serious difference of opinion among experts. According to popular opinion, the effect of such conditions on the contract has appeared in the form of granting the right of termination for constitutional law. This research, with analytical-descriptive method and referring to library sources, seeks to answer the question whether the conditions in question give rise to the right to terminate the contract. What views or views have jurists and jurists put forward in this field? Is the granting of the right of termination for a conditional agreement compatible with the standards of transaction jurisprudence? What is the position of contemporary legal systems in this field? The result of the research shows that although the point of view of absolute proof of the right of termination without following a condition according to the foundations and documentation is the option of violation of the condition; However, the principle of establishing the contract and the principle of adherence to the illegal matter provides the conditions leading to the detailed view of the knowledge and ignorance of the constitutional law regarding corruption, and in this respect, it is more compatible with jurisprudential and legal logic.

Keywords: invalid terms right of termination, conditional, establishment of contract, illegal matter.

ارزیابی دیدگاه تأثیر شرط باطل در ایجاد حق فسخ برای مشروط له در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام‌های حقوقی خارجی

مرتضی چیت‌سازیان^۱، مهدی نریمان‌پور^{۲*}

۱- استادیار، گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ایران.

۲- دانش‌آموخته مقطع دکتری، فقه و حقوق خصوصی، دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۴/۲۲

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۸/۰۴

چکیده

شرط باطل گاهی موجبات اختلال اصل عقد را فراهم می‌کند، مانند شرط خلاف مقتضای ذات عقد، گاهی موجب جهل به عوضین می‌شود و گاهی نیز از قبیل این دو قسم اخیر نیست. در دو صورت اول موجب بطلان عقد می‌شود، ولی در صورت سوم بنابر نظر مشهور موجب بطلان عقد نمی‌شود، لکن در اینکه آیا می‌تواند بر عقد اثرگذار باشد یا نه؟ میان صاحب‌نظران اختلاف نظر جدی وجود دارد. بنابر نظر مشهور، اثرگذاری این گونه شروط بر عقد در قالب اعطای حق فسخ برای مشروط‌له ظهور پیدا کرده است. این پژوهش با روش تحلیلی-توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای در پی پاسخ به این سوال است که آیا شروط مورد بحث موجب حق فسخ برای مشروط‌له می‌شود؟ فقهیان و حقوق دانان در این زمینه چه دیدگاه یا دیدگاه‌های مطرح کرده‌اند؟ آیا اعطای حق فسخ برای مشروط‌له با موازین فقه معاملات سازگاری دارد؟ موضوعه نظام‌های حقوقی معاصر در این زمینه چیست؟

برآیند تحقیق نشان می‌دهد که گرچه دیدگاه ثبوت مطلق حق فسخ بدون تبعیت از قید و شرطی وفق مبانی و مستندات خیار تخلف از شرط است؛ ولی اصل استقرار قرارداد و اصل تمسک به امر غیرقانونی زمینه‌های سوق به دیدگاه تفصیل میان علم و جهل مشروط‌له نسبت به فساد شرط را بیشتر فراهم می‌کند و از این حیث با منطق فقهی و حقوقی تناسب بیشتری دارد.

واژگان کلیدی: شروط باطل، حق فسخ، مشروط‌له، استقرار قرارداد، امر غیرقانونی.

مقدمه

مشهور فقهای امامیه در یک تقسیم‌بندی شروط باطل را به دو دسته تقسیم‌بندی می‌کنند: شروط باطل غیر مبطل؛ یعنی شروطنی که باطل هستند ولی موجب بطلان عقد نمی‌شوند، مانند شرط غیر مقدور، شرطی که لغو و بیهوده است و شرطی که خلاف شرع است؛ و شروط باطل مبطل؛ یعنی شروطنی که علاوه بر این که باطل هستند، موجب بطلان عقد نیز می‌شوند مانند شرط خلاف مقتضای عقد و شرطی که موجب جهل به عوضین می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۸۹/۶)؛ همچنان که در قانون مدنی ایران، دو ماده ۲۳۱ و ۲۳۲ از این تقسیم‌بندی پیروی می‌کنند. از میان دو دسته اخیر، اثر شروط باطل مبطل روشن است و آن این که موجب بطلان عقد می‌شود ولی در این که آیا شروط باطل غیر مبطل مفید اثر عقدی یا قراردادی است یا نه اختلاف نظر وجود دارد؟

در پاسخ به این سؤال، فقهای امامیه طریق وحدت را نپیموده‌اند، بلکه در مقام پاسخ‌دهی دو دیدگاه را ابراز داشته‌اند: بخش قابل توجهی از فقها اظهار داشته‌اند که شروط باطل غیر مبطل (از نظر مشهور) نیز همانند شروط باطل مبطل (از نظر مشهور) موجب بطلان عقد می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۲۱۵/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ۴۰۶/۲؛ مقدس اردبیلی، بی تا، ۱۴۸/۸؛ به نقل از عاملی حسینی، ۱۴۱۹ق، ۷۳۰/۱۴). این گروه استدلال‌های متنوعی مطرح کرده‌اند. مهم‌ترین این استدلال‌ها عبارت است از خدشه‌دار شدن ترازی متعاقدين؛ استناد به قاعده «للشرط قسط من الثمن»؛ و در نهایت قاعده «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» (ابن فهد، ۱۴۰۷ق، ۴۰۶/۲-۴۰۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۶۹/۱۱-۳۷۰).

در مقابل این دیدگاه، بسیاری از فقهای شیعه دیدگاهی برخلاف دیدگاه اخیر ابراز داشته‌اند. آن‌ها معتقدند که شرط باطل تأثیری در صحت عقد ندارد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۴۹/۲؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸ق، ۴۷۵/۱؛ به نقل از عاملی حسینی، ۱۴۱۹ق، ۷۲۹/۱۴)؛ ولی در عین حال، این دسته از فقیهان به این اختلاف در این حد بسنده نکرده‌اند، بلکه دامنه آن فراگیر شده، بدین صورت که آیا این شرط باطل مطلقاً هیچ تأثیری ندارد یا این که با حق فسخ ناشی از تخلف شرط فاسد همچنان عقد از تزلزل دور نیست.

در این پژوهش، به بررسی اختلاف اخیر پرداخته می‌شود که آیا شرط باطل عقد می‌تواند مفید حق فسخ برای مشروط له باشد یا نه؟

این مسئله برای اولین بار به صورت صریح توسط صاحب جواهر مطرح شد. ایشان در ذیل مسئله «بیع متضمن شرط فاسد» می‌نویسد: «التزام به خیار در اینجا (شرط فاسد) در صورت جهل به فساد (شرط) مانعی ندارد. بلکه چه بسا، قائلین به بطلان شرط فقط (نه عقد)، به ثبوت خیار ملتزم هستند؛ گرچه بدان تصریح نکرده‌اند. شاید عدم تصریح به ثبوت خیار، به خاطر واضح بودن آن بوده است» (نجفی، ۱۴۲۱ق، ۱۸۴/۱۲). بعد از وی، شیخ انصاری در مکاسب، با صراحت بیشتری به طرح مسئله می‌پردازد: «بر فرض صحت عقد، در ثبوت خیار برای مشروطه در صورت جهلش به فاسد بودن شرط، وجهی است: ...». از گزارش صاحب جواهر معلوم می‌شود که این مسئله در میان فقهای متقدم مطرح نبوده است؛ کما این که برخی از فقهای معاصر نیز به این مسئله اذعان دارند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ۲۰۹/۷؛ گلپایگانی، ۱۳۹۰، ۳۲۲).

اظهارنظرهای فقهای اخیر، نمایان می‌سازد که طرح این سؤال در دوره متأخر فقه شیعه واقع شده است و در دوره‌های میانی و متقدم خبری از این فرع فقهی نبوده است.

آنچه که ضرورت این پژوهش را ایجاد می‌کند، تأثیرگذاری شرط باطل در سرنوشت عقد است. تتبع در پایگاه‌های علمی از جمله نورمگز نشان می‌دهد که پژوهش مستقلی در این زمینه صورت نگرفته است، با وجود این، در ذیل یکی از پژوهش‌ها با عنوان «بررسی فقهی و حقوقی حق فسخ در بطلان جزئی قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق کامن‌لا» به نویسندگی علی اسلامی پناه و آسیه علایی پژوهش بسیار مختصری انجام شده است؛ لیکن در این پژوهش بررسی این مسئله مهم به طور مستوفی صورت نگرفته است؛ زیرا صرفاً با اشاره گذرا به برخی از دیدگاه فقهای امامیه پرداخته است و از طرف دیگر عمده بحث مقاله در رابطه با تبعض صفقه است.

ساختار این پژوهش متشکل از شش بخش است: بخش اول مربوط به دیدگاه‌های فقهی است که در آن آرای فقهای امامیه به بحث گذاشته می‌شود؛ بخش دوم مربوط به دیدگاه حقوق داخلی است؛ بخش سوم به دیدگاه حقوق دانان فرانسوی است. این شش بحث عمده مباحث مقاله را درمی‌گیرد و در نهایت در سه بخش بعدی به ارزیابی دیدگاه‌ها و برخی از جوانب بحث پرداخته می‌شود.

۱. دیدگاه‌های فقهی

در این قسمت از پژوهش به بیان دیدگاه‌های فقهی پرداخته می‌شود.

۱-۱. ثبوت حق فسخ مطلقاً

عده‌ای از فقهاء معتقدند که مشروط له مطلقاً حق فسخ دارد؛ خواه نسبت به فاسدبودن شرط آگاه باشد، خواه جاهل باشد و خواه شرط باطل از قبیل شرط فعل باشد، خواه شرط نتیجه و خواه شرط صفت (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ۵۵/۴؛ ایروانی، ۱۳۷۹، ۷۱/۲؛ یزدی، ۱۴۱۰، ۱۸۱/۲؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۰۱/۴؛ خوبی، ۱۴۱۸، ۱۲۳/۴۰). این گروه تحلیل‌های متعددی از دیدگاه منتخب خود دارند؛ تحلیل‌هایی که عمدتاً قهقرایی و با تکیه بر مستندات خیار تخلف از شرط است؛ بدین معنا که برای اثبات نظر خود، دنبال این مسئله رفته‌اند که مستند خیار تخلف از شرط چیست؟ و از این مستندات ثبوت یا عدم ثبوت حق فسخ را استخراج کرده‌اند. آن‌ها معتقدند که مقتضای برخی از مستندات خیار تخلف از شرط این است که فرقی میان علم و جهل مشروط له نسبت به فساد شرط و میان انواع شروط نیست.

در این راستا گروهی از فقها بر مبنای تحلیل التزام در مقابل التزام بودن خیار تخلف از شرط، معتقدند که در خیار شرط در مقام انشای معاملات، التزام به عقد از طرف مشروط له، به وجود شرط معلق شده است، در نتیجه وقتی معلق علیه یعنی شرط نباشد، به تبع وفا به عقد نیز تحت تأثیر آن قرار می‌گیرد، خواه نبود معلق علیه ناشی از مانع شرعی باشد یا مانع عقلی یا مانعی از روی اختیار (روحانی، بی تا، ۵۵/۱۸؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ۱۳۸/۲؛ خوانساری، ۱۳۷۱ق، ۲۳۸/۳؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۰۱/۴).

برخی نیز با تکیه بر این که مبنای خیار تخلف از شرط، شرط ارتكازی متعاقدين است (قمی، ۱۴۱۳، ۵/۴) و این شرط ارتكازی مشمول حدیث پیامبر^(ص) «المؤمنون عند شروطهم» است (تبریزی، ۱۳۸۹ش، ۲۱۱/۷) گفته‌اند که خیار ناشی از شرط فاسد، به عنوان شرط ارتكازی در ذهن متعاقدين موجود است و این شرط نیز به مانند سایر شروط مشمول «المؤمنون عند شروطهم است است». به عبارت دیگر گویی در اذهان متعاقدين مرتکز بوده است که اگر به شرط عمل نشود، و لو این که شرط فاسد درآید، مشروط له حق خیار دارد!

برخی نیز، در کنار تحلیل‌هایی از این دست که سعی کرده‌اند با بازگشت به مبانی اثبات خیار تخلف از شرط به تثبیت دیدگاه خود پردازند، سعی کرده‌اند که استدلال‌های مستقل را مطرح کنند؛ از جمله این که اساساً جعل خیار شرعاً جایز است، در نتیجه فرقی نمی‌کند که مشروط له عالم باشد یا نه و ایضاً فرقی نمی‌کند که امر مشروط فعل واجب یا فعل حرام یا هر فعل دیگری باشد (طباطبایی، ۱۴۱۳،

۵۴/۴؛ همچنان که برخی نیز گفته‌اند خیار تخلف از شرط مانند یک قاعده عمومی است که شامل همه موارد تخلف می‌شود، اعم از این که مشروطه عالم به فساد شرط باشد یا جاهل به فساد شرط باشد؛ به طوری که برای اثبات خیار برای یکی از افراد تخلف نیازی به یک دلیل خارجی نداریم؛ زیرا اگر غیر از این باشد، لازم می‌آید تک تک افراد یک قاعده عمومی، مانند خیار تخلف از شرط، دلیل مجزا اقامه شود (مغنیه، ۱۳۷۹ ش، ۱۸۳/۳؛ ابروانی، ۱۳۷۹ ق، ۷۱/۲).

۲-۱. عدم ثبوت حق فسخ مطلقاً

در نقطه مقابل دیدگاه اول که گذشت، بنا بر نظر برخی از فقها، شرط باطل مطلقاً موجب حق فسخ نمی‌شود؛ خواه مشروطه به فساد شرط عالم باشد، خواه جاهل و خواه شرط صفت باشد، خواه نتیجه و خواه شرط فعل (سید محمد روحانی، ۲۵۱/۲؛ خویی، بی تا، ۷۳/۳۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ۲۵۲). کسانی که از این نظریه پیروی می‌کنند، غالباً استدلال‌های مستقلی ندارند؛ بلکه بیشتر با رد استدلال‌های کسانی که خیار تخلف از شرط را در شروط باطل نیز ثابت می‌دانند، دیدگاه خود را ابراز داشته‌اند. با این وجود، در برخی از کتب فقهی استدلال‌های مستقلی نیز مشاهده می‌شود. از جمله استدلال به برخی از روایات که در آن‌ها اشاره‌ای به حق خیار نشده است؛ مانند روایاتی از قبیل «المسلمون عند شروطهم، إلا کل شرط خالف کتاب الله عزوجل فلا یجوز» (شیخ حرعاملی، ۱۴۰۹ ق، ۱۷/۱۸). در این روایت و روایاتی شبیه آن ائمه (علیهم السلام) اشاره‌ای به وجود خیار و این که مشروطه حق فسخ دارد، ندارند (امام خمینی (ره)، ۱۳۹۲ ش، ۳۸۰/۵).

در نقد استناد به این روایات می‌توان گفت که این گونه نصوص و نصوص شبیه آن در مقام تأیید الزام و التزام ناشی از شروط میان متعاقدین است و این که الزام و التزام میان متعاقدین تبدیل به یک قانون شرعی می‌شود و بیشتر از این مقام را شامل نمی‌شود؛ در نتیجه ثبوت خیار یا عدم ثبوت آن خارج از مدلول این دسته از روایات است، خواه آن شرط صحیح باشد یا فاسد (خویی، بی تا، ۳۲۷/۱).

برخی دیگر نیز در کنار استناد به روایاتی که در آن سخنی از حق فسخ نیامده است، به پاره‌ای از روایات باب نکاح استناد کرده‌اند، مانند جریان ازدواج ضریس با دختر حمران که زواره آن را از امام^(ع) روایت کرده‌اند. مطابق این روایت، ضریس و دختر حمران بر یکدیگر شرط کردند که بعد از مرگ یکدیگر با کسی دیگر ازدواج نکنند (کلینی، ۱۳۶۳ ش، ۴۰۳/۵؛ ج ۵، ص ۴۰۳؛ فیض، ۱۴۰۶ ق، ۵۴۴/۲۲؛ حر عاملی، ۱۴۲۶ ق، ۲۷۶/۲۱). امام^(ع) به ضریس فرموده‌اند: «فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ وَ لَيْسَ شَيْءٌ عَلَيْكَ وَ

لَا عَلَيْهَا». این عبارت نشان می‌دهد که اولاً؛ شرط باطل به منزله عدم است (فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ) و ثانیاً؛ ظهور در این دارد که اصلاً حق خیار نیز ندارد (لَيْسَ شَيْءٌ عَلَيْكَ وَلَا عَلَيْهَا) (خمینی، ۱۳۹۲ ش، ۳۸۱/۵؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۵۴۳).

در نقد استناد به این دسته از روایات می‌توان این چنین گفت که کیفیت استناد به این روایت از آن جهت که در خصوص نکاح است، بستگی به این مسئله دارد که چگونه می‌توان از روایات نکاح در حوزه معاملات بهره‌مند شد؛ بدین ترتیب که استناد به روایات باب نکاح در حوزه معاملات یا از باب الغای خصوصیت است یا از باب قیاس اولویت؛ بدین صورت که چون شارع اهتمام ویژه‌ای نسبت به نکاح دارد و احتیاط و عدم مسامحه را در باب نکاح در پیش گرفته است؛ لذا در صورتی که شرط فاسد در نکاح اثری نداشته باشد، به طریق اولی در سایر عقود که حساسیت کمتری دارد نیز اثری نخواهد داشت؟ (اصفهانی، ۱۴۲۷ ق، ۸۹/۲-۹۰).

اگر از حیث الغای خصوصیت باشد، به نظر می‌رسد این مسئله مشکل است؛ چراکه به اذعان فقها باب نکاح شائبه تعدیت دارد (نجم آبادی، ۱۴۲۱ ق، ۳۶۷)؛ به این معنا که شارع تصرفات عدیده‌ای در نکاح داشته‌اند؛ لذا از این حیث شبیه موضوعات مخترعه است. بنابراین دست‌یابی به مصالح و مفاسد مورد نظر شارع از حیث شائبه مذکور قریب به ظن است تا قریب به واقع؛ لذا نمی‌توان به سادگی الغای خصوصیت کرد.

اما از جهت اولویت نیز میان فقها اتفاق نظری وجود ندارد؛ برخی از فقها، از جمله صاحب ریاض، صاحب مناهل و صاحب مقابس، میرزای نایینی این اولویت را پذیرفته‌اند (سیدعلی طباطبایی، ۱۴۱۸ ق، ۲۲۳/۸؛ سید مجاهد، بی تا، ۲۸۷؛ تستری، بی تا، ۱۲۱؛ نائینی، ۱۴۱۳ ق، ۲۶/۲)؛ در مقابل بسیاری از فقهای متأخر این دیدگاه را رد کرده‌اند.

علاوه بر این که میان فقها اتفاق نظری در مورد این اولویت وجود ندارد، می‌توان ادعا کرد این اولویت ظنی است و لذا حجت نیست؛ چراکه مصالحی که مقتضی جعل حکم هستند، برای بندگان روشن نیست (یزدی، ۱۴۲۱ ق، ۱۳۵-۱۳۶) و نهایت امر ظنونی برای بندگان ایجاد می‌شود ولی با این ظنون که نمی‌توان احکام شرعیه را ثابت کرد.

گذشته از این موارد، برخی نیز اولویت مذکور را ثابت نمی‌دانند و معتقدند که اتفاقاً شارع در بسیاری از موارد تشریفات را در باب نکاح ساقط کرده است، به‌عنوان مثال دیده می‌شود که شارع برای ازدواج اسباب متعددی قرار داده است، از جمله ازدواج دائم، ازدواج موقت، ازدواج یمین و صحت نکاح فضولی (همدانی، ۱۴۲۰ق، ۱۹۸) و این تعدد راه‌های ازدواج و اسقاط بسیاری از تشریفات نشان می‌دهد که نکاح از احتیاط و ویژه‌ای برخوردار نیست، در نتیجه نمی‌توان از این طریق اولویت کسب کرد.

علاوه بر این، برخی استناد به روایت زراره را، از جهات دیگر مورد مناقشه قرار داده‌اند، از جمله این که - جدا از ضعیف بودن سند روایت - فهم عرفی مانع از عدم‌انگاری عموم شروط باطل است، به‌ویژه این که، عبارت «ولیس شی علیک و لا علیها» که ظهور در بطلان نکاح دارد (خمینی، ۱۳۹۲ش، ۳۸۲/۵)، و اگر از قبیل قیاس شبه باشد که از نظر فقه امامیه این قیاس منهی‌عنه و مطرود است و جایگاهی در نظام استنباط فقه شیعه ندارد (یوسفی‌نژاد، ۱۳۹۹، ۱۷۲).

بنابر آنچه گفته شد، استناد به این روایات باب نکاح برای رد اثبات خیار ناشی از شروط باطل، چندان از مبنای روشنی برخوردار نیست و لاقلاً بسیار محل اختلاف است.

به هر روی، علاوه بر استدلال‌های مذکور در جهت رد اثبات حق خیار در اثر تخلف از شرط باطل، ممکن است در بدو امر این اشکال به ذهن خطور کند که چگونه یک امر باطل و فاسد (شرط باطل) می‌تواند منبع اثرگذاری برای امری صحیح (صحت عقد بنابر این که شرط باطل موجب بطلان عقد نمی‌شود) باشد. به عبارت دیگر چگونه شرط باطل منبع و منشأ برای ایجاد حق می‌شود؟

به نظر می‌رسد، پاسخ به این اشکال چندان سخت نیست؛ زیرا اولاً منشأ ثبوت خیار فاسد یا باطل بودن شرط نیست، بلکه اناطه عقد بر شرط است؛ بدین صورت که التزام به عقد مشروط به التزام به شرط فاسد است، حال که عمل بر وفق شرط فاسد غیرمقدور است، دیگر التزام متزلزل خواهد شد. به عبارت دیگر اگر مشروط‌له حق فسخ در شرط فاسد نداشته باشد، لازم می‌آید که عقد بدون رضای مشروط‌له صحیح قلمداد شود؛ زیرا رضایت مشروط‌له به عقد، مشروط به شرط است ولو این که شرط فاسد باشد، در نتیجه اگر شرط منتفی شود، رضا به عقد نیز منتفی خواهد شد؛ لذا برای دفع این مشکل، لاجرم باید حق فسخ برای مشروط‌له تأمین شود (مغویه، ۱۳۷۹ش، ۱۸۳/۳).

۳-۱. تفصیل میان علم و جهل

برخی از فقها برخلاف دو دیدگاه اخیر، راه میانه پیش گرفته‌اند؛ منتها راه میانه‌ای که از نقطه نظر علم و جهل مشروط له می‌گذرد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۰/۱۶؛ آغا ضیا، ۱۳۷۹ش، ۶۱۷؛ اصفهانی، ۱۴۲۷، ۲۲۹/۵)؛ بدین صورت که اگر مشروط له جاهل به فساد شرط باشد، حق فسخ خواهد داشت؛ در غیر این صورت حق فسخ نخواهد داشت؛ زیرا مشروط له با علم به فساد شرط، خود اقدام به ضرر کرده است؛ لذا مشمول قاعده لاضرر نخواهد بود؛ ولی در صورتی که جاهل باشد، حق فسخ خواهد داشت؛ چراکه مانع شرعی در حکم مانع عقلی است و در این مسئله نیز جهل مشروط له به فساد به عنوان مانع شرعی، مانند جایی است که عمل به شرط مقدور نباشد؛ در نتیجه همان طوری که مانع عقلی شرط، موجب تخلف از شرط و به تبع حق فسخ می‌شود، در مانحن فیه نیز مانع شرعی موجب تخلف از شرط و حق فسخ می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۰/۱۶).

تحلیل اخیر موجب اعتراضات شدید برخی از صاحب نظران شده است و آن را با اشکالات عدیده‌ای مواجه می‌دانند. اولین اشکالی که متوجه این تحلیل است، این است که مخالف قاعده عدم معذوریت شخص جاهل نسبت به احکام شرعی است؛ چون بنا بر نظر صاحب نظران جهل به احکام شرعی موجب معذوریت جاهل نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۰/۱۶).

این اشکال گرچه در وهله اول به نظر می‌رسد که از استحکام کافی برخوردار است؛ اما روشن است که اشکال پیشین مبنایی است؛ بدین معنا که بر مبنای خودشان این اشکال را مطرح کرده‌اند؛ زیرا در زمینه معذور بودن جاهل به احکام اقوال مختلفی مطرح شده است که می‌توان آن‌ها را در چند قول ذیل خلاصه کرد:

الف) عدم تأثیر علم و جهل در احکام مطلقاً

این قول (عدم تأثیر علم و جهل در احکام) میان حقوق دانان مشهور است. در واقع کسانی که می‌گویند جهل به قانون، رافع مسئولیت نیست و تعبیری از این قبیل، این نظریه را پذیرفتند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱ش، ۲۶۴/۲؛ ۱۳۹۲ش، ۲۵۶؛ روضان، ۱۴۲۴ق، ۱۲۶؛ توفیق، ۱۴۰۹ق، ۲۹۷؛ مبارک، ۱۹۸۲ق، ۱۲۹؛ زعبی، ۱۹۹۸م، ۹۹؛ فرج، بی تا، ۱۹۳).

همچنین مشهور فقها نیز چنین نظری دارند. حتی نسبت به این موضوع نقل اجماع شده است و گفته‌اند، متظاهر از اقوال فقها این است که نسبت به این موضوع اتفاق نظر وجود دارد و جاهل به احکام در حکم عامد است (رشتی، ۱۴۰۷ق، ۵۳۹؛ سید مجاهد، بی تا، ۶۸۲؛ لاری، ۱۴۱۸ق، ۳۹۵/۲). عقیده مشهور فقها بر این است که در صحت و فساد معاملات آن چه که معتبر است، مطابقت و مخالفت آن به واقع است، خواه از طریق اجتهاد و تقلید باشد یا از طریق اجتهاد و تقلید نباشد؛ چراکه معاملات اسباب امور شرعیه هستند و علم و جهل تأثیری در اسباب و ترتب مسببات بر اسباب شرعیه ندارد. در نتیجه اگر کسی با زنی عقد کند که نمی‌داند عقد موثر در حلّیت بوده یا نه، در این صورت اگر صحت آن کشف شود، عقد از زمان وقوع صحیح خواهد بود و اگر فاسد در آمد، از زمان عقد فاسد خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۶، ۴۲۳/۲). از جمله قرائنی که مشهور بودن این قول و این که اکثریت قریب به اتفاق فقها این نظر را انتخاب کرده‌اند را تقویت می‌کند، این است که فقهای امامیه در باب اجتهاد و تقلید کلامی دارند مبنی بر این که جاهل به حکم معذور نیست؛ مگر در دو صورت که عبارت باشد از جهل به قصر در نماز مسافر و جهل به جهر و اخفات.

ب) تأثیر علم و جهل در احکام مطلقاً

این نظریه بر آن است که علم و جهل بر احکام تأثیرگذار است؛ همان طوری که در احکام تکلیفی چنین است. کسانی که این نظریه را انتخاب کرده‌اند، برای اثبات دیدگاه‌شان ادله موجود در مبحث برائت که آیات و روایات فراوان است، مطرح کرده‌اند و چنین استدلال می‌کنند که مطابق آیات و روایت شخص جاهل معذور است و جهل عمومیت دارد، هم شامل احکامی وضعی می‌شود و هم شامل احکام تکلیفی (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ۳۰/۲).

از جمله مستندات این قول حدیث رفع است. در مورد حدیث رفع بحث‌ها و اختلاف گوناگونی مطرح شده است، شاید بتوان آن را پر بحث‌ترین حدیث از میان احادیث موجود دانست. از جمله اختلافاتی که در حدیث رفع وجود دارد این است که آیا حدیث رفع در شبهات حکمیه جریان دارد؟ میان علمای اصول اختلاف نظر وجود ندارد که حدیث رفع شامل شبهات موضوعیه می‌شود؛ اما در شمول حدیث نسبت به شبهات حکمیه میان علمای اصول اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها قائل هستند که حدیث شامل شبهات حکمیه نمی‌شود و بلکه صرفاً شامل شبهات موضوعیه است؛ در مقابل مشهور علمای اصول قائل به جریان حدیث نسبت به هر دو قسم هستند. و از طرف دیگر خود مشهور نیز اختلاف کرده‌اند که

آیا حدیث رفع مطلق احکام حتی احکام وضعی را نیز شامل می‌شود و یا نه صرفاً احکام تکلیفی را شامل می‌شود؟ مشهور قائل به جریان حدیث رفع نسبت به احکام وضعی هستند. کسانی که قائل هستند که نسبت به احکام وضعی جریان دارد، اختلاف کرده‌اند که آیا حدیث رفع همه احکام وضعی حتی احکام وضعی قراردادی را شامل می‌شود و یا نسبت به برخی جریان دارد؟ این مسئله در کتب اصول الفقه غالباً تحت عنوان اسباب، مسببات و تسبیب مطرح شده است.

در این مورد سه قول عمده وجود دارد: از ظاهر برخی و حتی مشهور، چنین استنباط می‌شود که در مطلق احکام وضعی جریان دارد. در مقابل برخی قائل هستند که اگر از مقومات عقد باشد، مرفوع نیست و در غیر این صورت مرفوع است (امام خمینی، ۱۴۲۳، ق، ۳/۵۳). برخی نیز به صراحت جریان حدیث رفع را در احکام وضعی به طور کلی منکر شده‌اند (روحانی، ۱۴۱۳، ق، ۴/۴۰۷).

ج) تفصیل میان قوانین امری و تکمیلی

در کنار دو قولی که گذشت، نظریه دیگری هست که میان قوانین تکمیلی و قوانین امری تفصیل قائل شده است، بدین صورت که در قوانین امری علم و جهل تاثیری ندارد ولی در قوانین تکمیلی علم و جهل تأثیر دارد و به تبع آن شخص جاهل معذور خواهد بود (سنه‌وری، بی تا، ۳۸۷/۱).

د) تفصیل بر مبنای عرف

برخی از فقها برای معذور بودن و نبودن جاهل تفصیلهایی مطرح کرده‌اند که می‌توان جامع میان این تفصیلهای را، تفصیل میان صورتهایی که از نظر عرف جاهل عذر است و صورتهای که عرفاً آن را عذرت نمی‌شناسد، دانست؛ از جمله تفصیل (زهران، ۱۴۲۸، ۷۶) میان دارالکفر و دارالاسلام، قصبات و بواقع دور و نزدیک، حدیث العهد بالاسلام بودن یا نبودن، آگاهی یا عدم آگاهی اکثریت مسلمین، امکان احتراز یا عدم احتراز.

علاو بر این اشکال عدم معذورت جاهل به احکام مبتلا به نقض است؛ بدین معنا که در موارد مشابه از جمله جهل به خیار غبن و وفوریت، جاهل را معذور دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۷، ۲۲۹/۵).

دومین اشکالی که بر تحلیل مبتنی بر قاعده لاضرر وارد دانسته‌اند، این است که اگر به‌عموم قاعده لاضرر عمل شود، لازم می‌آید که فقه جدیدی تأسیس شود؛ زیرا لازمه‌اش این است که در همه موارد، ضرر ناشی از معامله فاسد که ناشی از جهل به حکم یا موضوع است، جبران شود؛ حال این که بالضروره

مشاهده می‌شود که در شرع مقدس در همه موارد مذکور ضرر جبران نمی‌شود. علاوه بر این، دلیل لاضرر، شامل ضرری که از روی تقصیر و کوتاهی باشد، نمی‌شود و در مانحن‌فیه نیز جهلی که از روی تقصیر و کوتاهی باشد و منشأ ضرر باشد، مشمول قاعده ضرر نخواهد بود (انصاری، ۱۴۲۶ق، ۶ / ۱۰۱).

در پاسخ به این اشکال نیز گفته‌اند که مقصود از رفع، رفع ضرر مترتب بر فقدان شرط فاسد ناشی از جهل مشروط‌له نیست، تا اشکال مذکور پدیدار شود، بلکه مقصود، رفع ضرر ناشی از لزوم عقد صحیح در اثر فقدان شروط ضمنی عقد است. به عبارت دیگر مقصود این نیست که فساد چون منشأ ضرر است، باید رفع شود، بلکه مقصود این است که در اثر فقدان شرط، عقد صحیح، لازم و در نتیجه ضرری خواهد بود و این ضرر چون ناشی از حکم شارع به لزوم عقد است، باید دفع شود (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ۲۲۹/۵).

همان‌طوری که از پاسخ‌های متقن مذکور برمی‌آید، دو اشکالی که بر استدلال به قاعده لاضرر وارد شده است، چندان از قوت کافی برخوردار نیست؛ با وجود این، ممکن است که اشکال دیگری مطرح شود که اساساً مبنای خیار تخلف از شرط و به‌طور کلی همه خیارات، قاعده لاضرر نیست؛ در نتیجه استناد به قاعده لاضرر وجهی ندارد؛ لذا عده‌ای از این استدلال دوری جسته و بر محور دیگری استدلال خود را پی‌ریزی کرده‌اند. این دسته از فقها برای توجیه این دیدگاه به بنای عقلاء تمسک کرده‌اند و گفته‌اند در صورتی که مستند خیار شرط را بنای عقلاء بدانیم، در این صورت نیز بنای عقلاء شامل علم به فساد شرط نخواهد بود و صرفاً شامل جهل به فساد شرط خواهد بود، خواه تخلف از شرط ناشی از اختیار باشد یا مانع عقلی و یا مانع شرعی (خویی، بی تا، ۳۲۶/۱). علاوه بر این، شاید بتوان این چنین تقریر کرد که گرچه سیره عقلای عالم بر این مستقر است که مطلق تخلف از شرط موجب حق فسخ می‌شود، ولی بنای عقلاء چون دلیل لُبی است، صرفاً شامل صورتی می‌شود که مشروط‌له جاهل به حکم باشد.

۴-۱. تفصیل براساس جنس شرط

برخی از فقها، به‌مانند دیدگاه دوم قائل به تفصیل شده‌اند، منتها نه از نقطه نظر علم و جهل مشروط‌له، بلکه از نقطه نظر انواع شروط. این دسته از فقها میان شرط وصف و شرط فعل و نتیجه تفاوت قائل شده‌اند، بدین ترتیب که مشروط‌له در شرط وصف حق فسخ ندارد ولی در شرط فعل و نتیجه حق فسخ دارد. در وجه این تفصیل آورده‌اند که لازمه شرط وصف عدم خیار است؛ چراکه اثری

به غیر از این ندارد ولی در شرط فعل و نتیجه لازم‌هاش نفی اثر در شرط نتیجه و عدم وجوب فعل در شرط فعل است (امام خمینی، ۱۳۹۲ش، ۵/۳۷۰).

به‌عنوان مثال اگر در فروش انگور شرط کرده باشد که انگور دارای وصفی باشد که قابلیت تولید شراب داشته باشد و بعد از فروش معلوم شود که وصف قابلیت تولید شراب را ندارد، لازم‌هاش این است که مشروط‌له اصلاً اختیار نداشته باشد؛ زیرا معنایی جز این ندارد؛ بالعکس اگر در ضمن عقدی شرط کند که خمر به ملک او دربیاید یا این‌که شرط کند که او فعل حرامی مثل نوشیدن شراب را مرتکب شود، در این صورت لازم‌هاش این نیست که کلاً اختیار ندارد، بلکه لازم‌هاش نفی اثر در شرط نتیجه و عدم وجوب فعل در شرط فعل است.

به نظر می‌رسد این تفصیل با این اشکال مواجه است که اصولاً اشتراط وصف و اشتراط اختیار دو معنای مجزا هستند، تخلف از وصف یک بحث است و اختیار ناشی از تخلف از وصف یک بحث دیگر است؛ به عبارت دیگر بعد از تحقق تخلف از وصف، نوبت به این مسئله می‌رسد که آیا اساساً مفید اختیار است یا نه؟ به‌واقع می‌توان گفت که تلازم قطعی میان شرط وصف و اختیار وجود ندارد؛ لذا تفصیل مذکور چندان پر اهمیت نیست.

۱-۵. تفصیل میان انواع شرط

یکی دیگر از تفصیلهایی که میان فقها مشاهده می‌شود، تفصیل میان انواع و اقسام شروط باشد؛ بدین صورت که اگر شروط ضمن عقد لغو و بیهوده باشد و غرض عقلانی به آن تعلق نگیرد، مشروط‌له حق فسخ نخواهد داشت، ولی اگر شروط متضمن غرض عقلانی باشد، مشروط‌له حق فسخ خواهد داشت. در وجه این تفصیل آورده‌اند که این دسته از شروط لغو و بیهوده است و حذف آن از عقد ضرر و زیانی برای مشروط‌له ایجاد نمی‌کند یا همچنان‌که از نظر شارع نیز معتبر شناخته نشده است، تا بدین وسیله واجب‌الوفا باشد و ترک آن مفید ظلم باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۶/۲۰).

همان‌طوری که روشن است، این نحوه از استدلال‌ها همچنان تحت تأثیر مستندات خیارات قرار گرفته است و در آن فضا پرورانه شده است؛ لذا در مقام پاسخ‌گویی به این استدلال می‌توان از مبنای دیگری بهره برد و بدین وسیله به اثبات حق فسخ در شروط لغو و بیهوده نیز دست یازید؛ لذا می‌توان

گفت که ثبوت خیار تخلف از شرط مبتنی بر التزام در مقابل التزام است؛ در نتیجه تفاوتی نخواهد داشت که شرط غرض عقلایی داشته باشد یا نه.

گذشته از این، عقلایی بودن یا نبودن شرطی، امر نسبی است؛ چه بسا از نظر عرف جامعه شرطی لغو و بیهوده باشد؛ اما از نظر متعاقدين لغو و بیهوده نباشد. پیرو نکته اخیر است که برخی از فقها در این که مالیت شرط صحت بیع باشد، مناقشه کرده اند؛ چراکه چه بسا چیزی از نظر عرف عقلا مالیت نداشته باشد ولی برخی از افراد برای خرید آن تمایل داشته باشند، به عنوان مثال ممکن است نامه پدربزرگ شخصی برای مردمان ارزش اقتصادی نداشته باشد، ولی برای شخص بسیار ارزشمند باشد و حاضر باشد پول هنگفتی بابت آن بپردازد (خویی، بی تا، ۱۲۰/۵؛ امام خمینی، ۱۴۲۱، ۸/۳).

۲. حق فسخ در حقوق موضوعه ایران

در این قسمت از پژوهش به بیان حق فسخ در حقوق موضوعه ایران پرداخته می شود.

۲-۱. حق فسخ در قوانین و دکترین حقوقی

اثر شروط باطل در ایجاد حق فسخ، منحصراً در فقه مورد بحث و کنکاش واقع نشده است؛ بلکه جلوه هایی از آن را هم در قوانین می توان مشاهده کرد و هم در آثار حقوقی. ماده ۲۴۰ ق.م.د در این رابطه مقرر می دارد: «اگر بعد از انجام عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطه باشد». ماده مذکور صراحتاً شرط نامقدور را مفید حق فسخ برای مشروطه می داند، اعم از این که هنگام انعقاد عقد، شرط غیرمقدور باشد یا بعد از عقد؛ منتها مشروط بر این که ممتنع شدن شرط منتسب به مشروطه نباشد؛ در غیر این صورت مشروطه حق فسخ نخواهد داشت.

همان طوری که روشن است، این ماده صرفاً یک قسم از شروط باطل یعنی شرط ممتنع را شامل می شود و نسبت به سایر شروط باطل ساکت است. حقوق دانان با استفاده از وحدت ملاک، این ماده را شامل هر نوع شروط نامشروع می دانند؛ زیرا شروط نامشروع در مقام عمل ممتنع هستند «الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً» (شهیدی، ۱۳۹۷، ش، ۱۰۶)؛ اما نسبت به شرط لغو و بی فایده اتفاق نظری ندارند؛ برخی از حقوق دانان با بهره گیری از وحدت ملاک، ماده مذکور را شامل این قسم از شروط نیز می دانند؛ لذا شرط لغو و بی فایده نیز مانند هر شرط باطل دیگر مفید حق فسخ می دانند (امامی، ۱۳۵۴، ش، ۲۷۷/۱؛ به نقل از شهیدی، ۱۳۹۷، ش، ۱۰۶)؛ در مقابل عده ای بر مبنای این که مبنای خیار در قانون

مدنی را قاعده لاضرر می‌دانند، معتقدند شرط لغو مفید حق فسخ نیست؛ زیرا متضمن ضرری برای مشروط له نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ش ۳، ۱۷۹). در مقابل برخی لازمه اناطه تراضی متعاقبین به شرط را ایجاد حق فسخ می‌دانند، اعم از این که شرط لغو متضمن ضرر باشد یا نه (شهیدی، ۱۳۹۷، ش ۱۰۶).

۲-۲. منشأ حق فسخ در قوانین و دکترین حقوقی

همان طوری که در مطالب سابق گذشت، منظور از حق فسخ در شروط باطل، خیار تخلف از شرط است؛ لیکن اگر کسی وجود تخلف از شرط را در شروط باطل منتفی بداند، آیا بر مبنای خیار تبعض از صفقه می‌توان عقد را فسخ کرد. گرچه در بدو امر طرح این سؤال قدری عجیب به نظر می‌رسد؛ چراکه متبادر از خیار تبعض صفقه، تبعض ناشی از موضوع عقد است. با وجود این خوانشی که برخی از صاحب نظران از خیار تبعض صفقه دارند، می‌تواند ما را به وجود خیار تبعض صفقه در شروط باطل رهنمون کند (عالی پناه، ۱۴۰۱، ش ۷۳).

توضیح مطلب این که خیار تبعض صفقه زمانی ایجاد می‌شود که عقد نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد؛ خواه به خاطر مستحق للغیر درآمدن مبیع باشد و یا به خاطر جهات نامشروع دیگری همچون عدم مالیت (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ش ۵، ۳۲۲). ماده ۴۴۱ ق.م. به این خیار اذعان داشته است. قانون مدنی ایران در وضع خیار تبعض صفقه از فقه پیروی کرده است. بسیاری از فقها در ذیل فرع فقهی «لو باع ما یملک و ما لایملک» به این خیار تصریح کرده‌اند؛ لذا در صورتی که بخشی از مبیع خمر یا خنزیر درآید، نسبت به این بخش از مبیع قائل به بطلان شده‌اند و نسبت به بخش دیگر قائل به خیار شده‌اند (محمد بن علی حمزه، ۱۴۰۸، ق، ۲۴۷؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ق، ۱/۲۳۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ق، ۲/۲۷۵-۲۷۶؛ به نقل از عاملی حسینی، ۱۴۲۶، ق، ۱۲/۶۶۱).

ظاهر عبارات قانون مدنی در ماده ۴۴۱ نشان می‌دهد، خیار تبعض صفقه صرفاً محدود به مستحق- للغیر درآمدن مبیع و مالیت نداشتن آن است. با وجود این، برخی از صاحب نظران تفسیری از تبعض صفقه دارند که معادل تجزیه عقد در حقوق معاصر است؛ چراکه در حقوق معاصر تجزیه عقد صرفاً شامل موضوع عقد نمی‌شود، بلکه شامل همه اجزای عقد از جمله شروط می‌شود؛ لذا معتقدند مصادیقی از جمله فرضی که شرط فاسد است ولی مفسد عقد نیست؛ مانند ماده ۲۴۰ ق.م. یا فرضی که اگر معلوم شود نیمی از کالای فروخته شده، هنگام معامله از بین رفته است، یا فرضی که اگر بایع نسبت به بعض مبیع

قدرت تسلیم داشته باشد و نسبت به برخی دیگر قدرت تسلیم نداشته باشد، مشمول خیار تبعض صفت است (کاتوزیان، ۱۳۹۶ش، ۳۱۶/۵-۳۱۷).

همان طوری که روشن است، اگر قائل به عمومیت خیار تبعض صفت باشیم، کما این که نمونه‌هایی از آن گذشت، خصوصاً ماده ۲۴۰ ق.م. در عقود متضمن شرط باطل، با اعمال تجزیه عقد، مشروط‌له حق فسخ خواهد داشت.

۳. حق فسخ در حقوق فرانسه

در مباحث پیشین، دیدگاه فقهای امامیه و حقوق‌دانان ایرانی، مورد بحث و مذاقه قرار گرفت؛ حال در این بخش به بررسی موضع حقوق‌دانان فرانسوی پرداخته می‌شود. حقوق‌دانان فرانسوی بحث از شروط باطل را بر مبنای تعریف کلانی که تجزیه عقد دارند، مطرح می‌کنند.

توضیح مطلب این که، معروف در فقه و حقوق ایران این است که تجزیه عقد را محدود به موضوع عقد می‌دانند (ماده ۴۴۱ ق.م.)؛ برخلاف حقوق فرانسه که تجزیه عقد را در کلیه تعهدات موجود در عقد می‌دانند و در نتیجه صرفاً شامل موضوع نمی‌دانند (نریمانپور، ۱۴۰۲، ۲۲۱).

از طرف دیگر برای تحقق تجزیه عقد، دو شرط لازم است:

شرط اول: امکان تجزیه‌پذیری؛ اولین شرط تجزیه عقد این است که عقد قابل انقسام باشد، در نتیجه اگر عقد قابل انقسام نباشد، اساساً امکان تجزیه عقد منتفی است. به عنوان مثال در صورتی که مبیع دو کالا باشد، یکی کالای قانونی و دیگری کالای غیرقانونی، در این صورت مبیع قابل انقسام است ولی در جایی که یک کالا بیشتر نیست و امکان تجزیه آن نیز وجود نداشته باشد مانند بسیاری از وسایل الکترونیکی دیگر امکان تجزیه عقد وجود ندارد و در نتیجه عقد باطل می‌شود (نریمانپور، ۱۴۰۲، ۲۲۱).

شرط دوم: غیر مؤثر بودن شق باطل؛ به این معنا که شرط است که شقی که باطل شده است، مؤثر نباشد؛ بدین معنا که انگیزه اصلی متعاقدين برای انعقاد عقد جزء باطل نباشد، در غیر این صورت عقد قابل تقسیم نیست (نریمانپور، ۱۴۰۲، ۲۲۱).

به هر روی در حقوق فرانسه مطابق ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هر شرط غیرممکن یا برخلاف اخلاق حسنه و یا متضمن امر غیر قانونی، باطل است و قرارداد وابسته به آن را باطل می‌کند». کلیه قراردادهای متضمن شرط غیر ممکن، برخلاف اخلاق حسنه و قانون، باطل هستند. با

وجود این، ماده ۹۰۰ ق.م. نیز مقرر می‌دارد که: «در هر عمل تبرعی یا وصیتی، شروطی که انجام آن مقدور نیست و یا این‌که مخالف قوانین و آداب است، کأن لم تکن تلقی می‌شود». این ماده حاکی از نوعی تعارض مابین ماده ۹۰۰ و ۱۱۷۲ است؛ لذا حقوق‌دانان فرانسه از باب جمع دو حکم متعارض، ماده ۱۱۷۲ را ناظر بر عقود معوض دانسته‌اند.

به مرور زمان، رویه قضایی فرانسه راهی به‌غیر از راه مذکور را پیموده‌اند. آن‌ها معتقدند در تأثیر شرط باطل فرقی میان عقود معوض و مجانی وجود ندارد، بلکه هر دو تابع یک مبدأ کلی هستند و آن این‌که اگر شروط باطل دافع اصلی متعاقدين به انعقاد قراردادها باشد، عقد و شرط هر دو باطل خواهد بود ولی اگر شروط باطل دافع اصلی متعاقدين به قراردادها نباشند، صرفاً شرط باطل حذف می‌شود و عقد پابرجا می‌ماند (شهیدی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۹).

رویه اخیر، بالاخره در اصلاحات قانون مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶ تبدیل به قانون شد؛ لذا ماده ۱۱۸۴ قانون مذکور مقرر می‌دارد که اگر قراردادی متضمن یک یا چند شرط باطل باشد، قرارداد باطل نخواهد شد، مگر این‌که این شروط جزء تعیین‌کننده تعهدات طرفین یا یکی از طرفین قرارداد باشد (بزرگمهر و مهرانی، ۱۳۹۵، ش، ۴۷).

همان‌طوری که روشن است، در صورتی‌که شرط باطل جزء تعیین‌کننده تعهدات نباشد، اساساً تأثیری بر سرنوشت عقد ندارد و در نتیجه موجب حق فسخ برای من له الشرط نمی‌شود.

این شیوه تعامل با شروط باطل اساساً تحت تأثیر دو دکترین قرار دارند: اصل به‌نفع قرارداد و اصل عدم تمسک به امر غیر قانونی.

الف) اصل به‌نفع قرارداد

اصل به‌نفع قرارداد یکی از مفاهیمی است که در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح است، لیکن محدود به آن نشده است، بلکه این اصل با گستره وسیع در حقوق قراردادها نیز مطرح شده است. این اصل در اصلی‌ترین موقعیت حقوقی خود عبارت است از تفسیر اسنادی که به موجب آن یک معاهده یا قرارداد به‌گونه‌ای تفسیر می‌شود که اعتبار خود را طبق قانون حفظ می‌کند - هر زمان که چنین تفسیری به‌طور منطقی امکان‌پذیر باشد - تا از تضعیف معاملات طرفین جلوگیری شود. به عبارت دیگر دکترین به‌نفع قرارداد مبتنی بر انتخاب بین دو هنجار حقوقی یا بین دو تفسیر هنجاری است که به شیوه‌ای متفاوت به

یک معامله حقوقی خاص اشاره می‌کند و اعتبار بیشتری به قرارداد می‌دهد (Rodríguez, 2020, 152).

مطابق این دکترین، زمانی که کلمات و عبارات قراردادی محمل اهداف و تعهدات نامشروع باشد، به‌گونه‌ای تفسیر می‌شود که زمینه بطلان قرارداد ایجاد نشود؛ بنابراین، انتخاب قانون یا مطلوب‌ترین تفسیر، کاربرد معیار ارزش‌شناختی را نشان می‌دهد که به معنای مثبت، اعمال انسانی را رواج می‌دهد، البته زمانی که تحقق آنها تاحدی به تحقق اهداف ارزشمند قانونی گرایش داشته باشد.

با وجود این، این دکترین محدود به تفسیر نبوده است، بلکه عملکردی فراتر از آنچه گفته شد تداعی کرده‌اند؛ عملکردی که هدف آن استقرار عقود است؛ لذا برخی از نویسندگان محدوده این قاعده را شامل سه حیطه می‌دانند: «(۱) وقتی قرارداد مشمول تفسیر باشد؛ (۲) زمانی که اعتبار قرارداد مورد تهدید قرار گیرد؛ (۳) هنگامی که اجرای قرارداد مورد تهدید قرار می‌گیرد» (Fauvarque-Cosson, 2008, 111). مطابق این عملکرد قرارداد نه تنها در مقام تفسیر باید به‌گونه‌ای عمل شود که موجب ابطال قرارداد نشود، بلکه باید به‌گونه‌ای عمل کند که زمینه رفع نقص و اصلاح قراردادی نیز ایجاد شود؛ به‌عنوان مثال در صورتی که قراردادی در اوضاع و احوال غیرقابل پیش‌بینی قرار گیرد که عملاً عمل به تعهدات قراردادی را مختل کند، این قرارداد توسط قاضی تعدیل می‌شود.

اصل به نفع قرارداد مورد توجه حقوق‌دانان ایرانی نیز قرار گرفته است؛ لذا برخی از حقوق‌دانان برخی از مصادیق فقهی و حقوقی از جمله جعل خیار در معاملات غبنی را در راستای این اصل و جلوگیری از ابطال عقد دانسته‌اند و از آن به اصل ابقای عقود تعبیر کرده‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۶ ش، ۴۵/۱). به‌واقع بسیاری از رفتارهای فقهی فقها و حقوق‌دانان را می‌توان در راستای این اصل تحلیل کرد، از جمله اصل لزوم قراردادها، قاعده إعمال الکلام أولی من اهماله، جعل خیار به‌جای ابطال قراردادها، از جمله در تبعض صفقه، عدم بطلان قراردادها در عقد فضولی و اکراهی با جعل اجازه لاحق و غیره.

بنابر آنچه گفته شد، اصل به نفع قرارداد یا به‌تعبیری اصل ابقای عقود یکی از اصول و راهبردهای حقوقی است که در حقوق قراردادها دنبال می‌شود؛ مطابق این اصل باید با اصلاح و رفع نقص عقودی که دچار اختلال و نقصان هستند، تا حد ممکن از تزلزل عقد دوری جست. در مسئله موردنظر ما نیز کسانی که معتقدند شروط باطل موجب بطلان عقد نمی‌شود، در راستای این اصل عمل می‌کنند؛ منتها در

کیفیت اعمال آن دچار افراط و تفریط شده‌اند؛ بدین ترتیب کسانی که معتقدند شرط باطل مطلقاً اثری ندارد، افراطی‌ترین شکل ممکن از اصل به نفع قرارداد را به منصفه ظهور می‌رساند، کما این‌که نمونه‌هایی از آن را می‌توان در حقوق معاصر در نظریه عمل به ظاهر، نظریه تحول و حق تعمیر کالا مشاهده کرد؛ در حالی‌که کسانی که از حق فسخ سخن می‌گویند در عین اعطای فرصت برای ابقای عقد، با اعطای حق فسخ برای مشروط له متعادل‌ترین تفسیر را از اصل به نفع قرارداد مطرح نموده‌اند.

ب) اصل عدم تمسک به امر غیرقانونی

اصل عدم تمسک به امر غیرقانونی، دومین اصلی است که در نظام‌های حقوقی خارجی نقش تعیین‌کننده در اثرگذاری یا عدم اثرگذاری شروط باطل بازی می‌کند. اساس عملکرد این اصل بدین گونه است که امر غیرقانونی چگونه می‌تواند منشأ اثرگذاری باشد؟ به عبارت دیگر وقتی امری مخالف نظم عمومی، اخلاق حسنه و قانون باشد، چگونه می‌تواند مفید حقی برای دیگری باشد.

این اصل در حقوق فرانسه، در قالب نهاد «نانوشته تلقی شدن» یا «کأن لم یکن تلقی شدن شروط»، ظهور پیدا کرده است؛ مطابق این اصل هر شرطی که مخالف نظم عمومی، اخلاق حسنه و قانون باشد، نانوشته تلقی می‌شود؛ بدین معنا که به رغم تصریح متعاقدین نسبت به شرط، قانون‌گذار آن را در عین حفظ قرارداد، حذف می‌کند و فرض می‌کند که اصلاً وجود ندارد (A. Chantepie, 2018, p. 384; Confino, 2017, p. 565).

در حقوق انگلیس نیز این اصل در قالب اصل «دعوی مبتنی بر فساد قابل طرح نیست»^۱ ظهور پیدا کرده است.

مطابق اصل مذکور هیچ عملی نمی‌تواند ناشی از یک عمل غیرقانونی باشد؛ در نتیجه عمل غیرقانونی نمی‌تواند منشأ اثر باشد. گرچه این اصل در ابطه با دعوی کیفری یا حقوقی به کار می‌رود، ولی با توجه به این‌که فسخ در بیشتر نظام‌های حقوقی عمل قضایی است؛ لذا روشن است که طرفین قرارداد نمی‌توانند با استناد به شرط فاسد، ادعای فسخ قرارداد را داشته باشند (Kinanis, 2022).

HISTORICAL BACKGROUND

¹ .EX TURPI CAUSA NON ORITUR ACTIO.

۴. ارزیابی دیدگاه‌ها

همان‌طوری که در مباحث پیشین گذشت، صاحب‌نظران دیدگاه‌های متعددی ابراز داشته‌اند، هر کدام از این دیدگاه‌ها با تمسک به استدلال‌های متعددی سعی کرده‌اند، دیدگاه خود را به کرسی بنشانند. در میان این تحلیل‌ها و استدلال‌ها، آنچه که در این میان کمتر مورد توجه قرار گرفته است و به نوعی می‌توان آن را کلید حل مسئله دانست؛ تحلیل حق فسخ بر مبنای اختلال در رضاست؛ زیرا کسانی که سخن از ثبوت مطلق حق فسخ به میان آورده‌اند، بر تعلیق عقد و شرط ارتکازی عقد و عمومیت خیار شرط تکیه کرده‌اند. کسانی که سخن از عدم ثبوت مطلق حق فسخ به میان آورده‌اند، بر روایات باب نکاح، اصل به نفع قرارداد و اصل عدم تمسک به امر غیر قانونی متمرکز شده‌اند. کسانی که میان علم و جهل تفصیل قائل شده‌اند، به قاعده لاضرر و قاعده اقدام تمسک جستند.

توضیح مطلب این‌که، رضایت یکی از ارکان اساسی عقد است که تحقق شرعی و قانونی عقد منوط بر تحصیل آن است؛ این رکن رکین در عقد در میان اندیشوران فقه امامیه و حقوق ایران، دارای یک ضمانت‌اجرای واحد دانسته نشده است، بلکه دارای مراتب متعدد است و هر کدام از این مراتب ضمانت‌اجرای مشخصی دارد.

در دیدگاه مشهور فقهای امامیه و حقوق‌دانان و حتی قریب به اتفاق صاحب‌نظران، رضایت دارای دو مرتبه کلی است: نبود رضا و رضای معیوب. نبود رضا اشاره به معاملاتی دارد که اساساً رضایت مالک وجود ندارد؛ مانند عقد فضولی و عقد اکراهی و به‌طور کلی همه معاملات حوزه نظریه عدم نفوذ در این قسم می‌گنجد. رضای معیوب نیز مربوط به اختلال در رضای متعاقدين است که در آن به اشتباه تعبیر می‌کنند. اشتباه گاهی در شخص متعاقدين است و گاهی در موضوع عقد. در صورتی که اشتباه در موضوع عقد باشد، گاهی موجب بطلان عقد می‌شود، مانند جایی که مورد عقد با مقصود متعاقدين تطابق نداشته باشد و گاهی موجب حق فسخ می‌شود که در قالب خیارهایی همچون خیار عیب و خیار غبن نمود پیدا می‌کند (نریمانپور، ۱۴۰۲، ۱۱۴).

همان‌طوری که روشن است، عملاً در فقه و حقوق ایران، در صوص رضایت سه ضمانت‌اجرا شناسایی شده است: نظریه عدم نفوذ در صورت نبود رضایت مالک، نظریه بطلان در صورت نبود رضایت و عدم تطابق مورد عقد با خواست متعاقدين یا اشتباه جوهری و نظریه فسخ در صورت معیوب درآمدن موردعقد یا مغبون‌شدن متعاقدين.

در مسئله موردنظر ما نیز، این رضای من له الشرط است که مختل می‌شود؛ زیرا وقتی عقدی مقرون به شرط باطلی باشد، در صورتی که وی به وجه بطلان شرط جاهل باشد، در این صورت عدم ثبوت حق فسخ، موجب می‌شود رضای من له الشرط نسبت به عقد مختل شود؛ زیرا وی جاهل به وجه بطلان بوده و جاهل نیز به اذعان عده‌ای از فقها معذور است ولی اگر عالم به وجه بطلان باشد، با توجه به این که عالمانه به شرط باطل اقدام کرده است، دیگر اختلال در رضا مطرح نیست؛ چرا که وی آگاهانه اقدام به معامله‌ای کرده است که شرعاً و قانوناً اثری بر آن مترتب نمی‌شود.

از توضیحات پیشین معلوم گردید، این اختلال در رضا نه از قبیل عدم نفوذ است؛ زیرا رضایت به معامله از اول انعقاد عقد موجود است و نه از قبیل بطلان است؛ زیرا رضای معیوب مربوط به عدم انطباق در امور اساسی نیست؛ بنابراین تنها گزینه‌ای که می‌ماند این است که آن را ملحق به موارد حق فسخ دانست.

با توجه به آنچه گذشت، ضعف استدلال‌های قائلین به عدم ثبوت حق فسخ روشن خواهد شد؛ زیرا اصل به نفع قرارداد نمی‌تواند موجب نادیده‌انگاری رضای متعاقدین شود؛ زیرا به حکم آیه شریفه «تجاره عن تراض» و اتفاق نظر فقها، مال کسی را نمی‌توان بدون رضای کسی مالک گردید؛ و اصل عدم تمسک به غیر قانونی نیز محکوم به معذور بودن جاهل است. استدلال به روایات باب نکاح نیز همان طوری که گفته شد، نه از باب اولویت قابل اثبات است و نه از باب الغای خصوصیت.

استدلال قولی که میان انواع شرط تفصیل قائل شد، نیز محکوم به این تحلیل است؛ زیرا قول به این که حذف شروط لغو و بیهوده از عقد ضرر و زیانی برای مشروط له ایجاد نمی‌کند، در صورتی نافع است که مبنای دیدگاه منتخب قاعده لاضرر باشد، حال آنکه مبنای منتخب، اختلال در رضاست و در اختلال در رضا فرقی میان امر لغو و بیهوده نیست؛ زیرا مفید بودن یا نبودن امری، نسبی است؛ چه بسا نسبت به کسی بیهوده باشد ولی نسبت به کسی دیگر این گونه نباشد.

۵. مبدأ زمان حق فسخ

در مباحث پیشین، از ثبوت حق فسخ در صورت جهل در چهارچوب اختلال در رضا، دفاع کردیم؛ اما مطلب به این نقطه ختم نمی‌شود، بلکه سرآغازی برای یک بحث جدی دیگری است و آن این که حق فسخ چه زمانی اعمال می‌شود؟ تتبع در کتبی که در خصوص حق فسخ ناشی از شرط باطل، سخن

به میان آورده‌اند، بر نویسندگان محرز نگردید که این فرع فقهی مورد بحث قرار گرفته است، و تنها کسی که نویسندگان بدان دست یافته‌اند که از آن بحث به میان آورده است، مرحوم آیه الله خویی می‌باشد (خویی، ۱۴۱۸، ۱۲۳/۴۰).

به هر روی آنچه که محرز است، در پاسخ به این سؤال دو احتمال را می‌توان مطرح کرد: احتمال اول: این است که از زمان تشکیل عقد، حق فسخ ایجاد می‌شود؛ زیرا آنچه که شرعاً متعذر است، در حکم مواردی است که عقلاً محال است. به نظر می‌رسد این احتمال را می‌توان بر همه کسانی که قائل به ثبوت حق فسخ هستند، تحمیل کرد و تعبیری از قبیل «الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۰۱/۶) در کلام این دسته از فقها گواه این مسئله است؛ زیرا با این سخن در پی این هستند که چون شرعاً عمل به شرط فاسد، متعذر است؛ لذا حق فسخ ایجاد می‌شود و این تعذر از زمان انعقاد عقد است و نه زمانی دیگر.

احتمال دوم: این است که زمان حق فسخ از زمانی ایجاد می‌شود که من علیه الشرط به شرط فاسد عمل نکند؛ به عبارت دیگر از زمانی است که مشخص شود که وی قصد انجام عمل به شرط فاسد را نداشته باشد.

به نظر می‌رسد از میان دو احتمال مذکور، احتمال دوم قریب به واقع باشد؛ زیرا ارتکاب شرط فاسد گرچه شرعاً و قانوناً نامعتبر است، ولی مانند شرط عقلی نیست که ارتکاب آن ممکن نباشد؛ لذا باید روشن شود که من علیه الشرط قصد انجام شرط را ندارد و چه بسا وی مسئولیت شرعی و قانونی ارتکاب شرط فاسد را به عهده بگیرد و به عبارت دیگر نسبت به ارتکاب شرط فاسد جری باشد. البته در این میان روشن است که در مورد برخی از شروط فاسد نمی‌توان از احتمال دوم دفاع کرد؛ به عنوان مثال اگر شرط فاسد امر مهم شرعی یا قانونی باشد مانند زنا، نباید منتظر بود که آیا وی قصد ارتکاب شرط فاسد را دارد یا نه.

۶. مسقطات حق فسخ

حق فسخ، به مانند بسیاری دیگر از حقوق، قابل اسقاط است. این اسقاط به دو شیوه ممکن است به وقوع بپیوندد:

(۱) انجام شرط فاسد؛ در صورتی که من علیه الشرط به شرط فاسد عمل کند، من له الشرط حق فسخ نخواهد داشت (خویی، ۱۴۱۸، ۱۲۳/۴۰)؛ زیرا وی با این عمل، به تعهدات عقد عمل کرده است و دیگر

و جهی برای حق فسخ نخواهد بود؛ هر چند که من علیه الشرط با ارتکاب شرط فاسد، مرتکب معصیت شده و مسئولیت شرعی برای وی به ارمغان می‌آورد.

۲) اسقاط شرط فاسد؛ در صورتی که من له الشرط، شرط فاسد را اسقاط کند، دیگر حق فسخ نخواهد داشت؛ زیرا حق فسخ منوط به شرط فاسد است و اگر شرط فاسد نباشد، دیگر حق فسخی نخواهد بود (خویی، ۱۴۱۸، ۴۰/۱۲۳).

نتیجه‌گیری

بسیار اتفاق می‌افتد که متعاقدین در هر عقدی برای تأمین اغراض و حاجات خود، متوسل به انواع و اقسام شروط می‌شوند. این شروط گاهی از اعتبار شرعی و قانونی برخوردار است و گاهی نیز از چنین اعتباری برخوردار نیست. از طرف دیگر بی‌اعتباری شرط، عقد را در معرض فعل و انفعال‌های متعدد قرار می‌دهد؛ بدین صورت که گاهی منجر به بطلان عقد می‌شود، مانند شروط خلاف مقتضای ذات عقد و شروطی که جهل به آن منجر به جهل به عوضین می‌شود و گاهی نیز منجر به بطلان عقد نمی‌شود و صرفاً خود شرط باطل می‌شود. کیفیت انفعال عقد در دسته نخستین روشن است (و آن بطلان است) و کمتر مورد نقد و نقض مشهور قرار گرفته است، ولی در خصوص کیفیت انفعال عقد در دسته اخیر یعنی مواردی که از قبیل شروط خلاف مقتضای ذات عقد و شروطی که منجر به جهل به عوضین می‌شود، نیستند، میان صاحب‌نظران اختلاف نظر جدی وجود دارد.

عده‌ای از فقها با توسل به روایات باب نکاح مبنی بر عدم تأثیر شرط باطل بر عقد و استقلال عقد از شرط و همچنین عده‌ای از حقوق‌دانان نیز با توسل به اصل «به‌نفع قرارداد» و اصل «قانون نباید پناهگاهی برای اعمال غیرقانونی باشد»، از عدم حق فسخ دفاع کرده‌اند؛ عده‌ای دیگر نیز با توسل به مستندات خیار شرط از جمله ارتکازی بودن شروط، از وجود مطلق حق فسخ دفاع کرده‌اند و عده‌ای دیگر نیز با توسل به قاعده «لاضرر» و قاعده «اقدام میان علم و جهل» تفصیل قائل شده‌اند و در نهایت گروهی نیز میان اقسام و انواع شروط با توسل به قاعده «لاضرر» تمایز قائل شده‌اند.

استدلال‌ها و تحلیل‌های مذکور از جهات متعدد ضعیف است، برخی از استدلال‌ها از جهت اثباتی قاصر است؛ مانند توسل به روایات باب نکاح، اصل «به‌نفع قرارداد» و اصل «قانون نباید پناهگاهی برای اعمال غیرقانونی باشد»؛ چراکه قیاس روایات باب نکاح - به جهت شائبه تعدی بودن - به باب معاملات،

قیاس مقبول نیست؛ اصل «به نفع قرارداد» و اصل «قانون نباید پناهگاهی برای اعمال غیر قانونی باشد»، نیز به جهت معذوربودن جاهل، نمی تواند حق شخص جاهل را زیر پا گذارد و نمی توان با استدلال بدان از ضرورت احراز رضایت متعاقدين دوری جست. استدلال به تعلیق عقد بر شرط و ارتكازی بودن شروط نیز در جهت اثبات مطلق حق فسخ نیز مبتلا به قصور در اثبات است؛ زیرا در صورت علم طرفین به بطلان، مرتکب بودن حق فسخ در اذهان طرفین عقد، محرز نیست و در نهایت استدلال به قاعده «لا ضرر» نیز در دو قول اخیر، پیامدهایی از قبیل بروز و ظهور فقه جدید است، که فقیهان بدان پای بند نیستند.

ارزیابی دیدگاه‌ها و استدلال‌های پیشین، حکایت از این دارد که باید از دریچه‌ای دیگر به تحلیل مسئله پرداخت و آن عبارت است از اختلال در رضای متعاقدين؛ به این معنا که اگر شخصی جاهل به بطلان شرط باشد، چون شخص جاهل معذور است؛ لذا عدم حق فسخ منجر به معیوب بودن رضای وی می شود و از طرف دیگر در صورت علم وی به بطلان شرط، نمی توان ادعای معیوب بودن رضای من له الشرط کرد؛ زیرا من له الشرط به بطلان آگاه بوده است، پس از کدامین معیوب سخن می توان گفت؟ بنابر آنچه گفته شد، تفصیل میان علم و جهل تفصیل قریب به واقع است، منتها نه با استدلال به قاعده «لا ضرر»، بلکه با ابتنا بر معیوب بودن رضا.

منابع

آخوند، محمد کاظم بن حسین خراسانی. (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۲۰ق). السرائر. قم: موسسه النشر الاسلامی.
ابوالسعود، رمضان محمد؛ منصور، محمد حسین. (۱۴۲۴ق). المدخل الی القانون. بیروت: منشورات الحلبيه الحقوقیه.

اسدی حلی، احمد بن محمد بن فهد. (۱۴۰۶ق). المهدب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۷ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: ذوی القربی.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

ایروانی، علی. (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

- بجنوردی، سیدحسن. (۱۳۷۷ق). *القواعد الفقهیه*. قم: نشر الهادی.
- بزرگمهر، امیرعباس و مهرانی، غزالی. (۱۳۹۶ش). *اصلاحات در قانون تعهدات فرانسه*. تهران: انتشارات دانشگاه عدالت.
- تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۶ق). *ارشاد الطالب فی شرح المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱ش). *دایره المعارف عمومی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- _____ . (۱۳۹۲ش). *فرهنگ عناصر شناسی*. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۹ق.
- حلی، ابن زهره. (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقها*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- خوانساری، موسی. (۱۳۷۱ق). *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*. تهران: المکتبه المحمدیه.
- خویی، سیدابوالقاسم موسوی. (بی تا). *مصباح الفقاهه*. قم: انصاریان.
- _____ . (بی تا). *موسوعه الامام الخوئی*. قم: مؤسسه الخوئی الإسلامیه.
- رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ق). *فقه الامامیه*. قسم الخیارات. قم: کتابفروشی داوری.
- روحانی، سید محمد. (۱۴۰۶ق). *المرتقی فی فقه الارقی*. قم: دار الجلی.
- روحانی، سیدمحمدصادق. (بی تا). *فقه الصادق (ع)* (طبع قدیم). قم: نشر مولف.
- زعبی، خالد و منذر. (۱۹۹۸م). *المدخل الی علم القانون*. اردن: مکتبه دار الثقافه للنشر و التوزیع.
- سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۳۶ق). *المختار فی احکام الخیار*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سنهوری، عبدالرزاق. (بی تا). *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، نظریه الالتزام بوجه عام*. مصادر الالتزام. مصر: دار النشر للجامعات المصریه.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۷). *شروط ضمن عقد*. تهران: مجد.

- الصدّه، عبد المنعم فرج. (بی تا). *اصول القانون*. بیروت: دار النهضة العربیه.
- طباطبایی قمی، سیدتقی. (۱۴۱۳ق). *عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب*. قم: کتابفروشی محلاتی.
- طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. قم: دار الکتب الإسلامیه.
- طوسی، محمد بن علی حمزه. (۱۴۰۸ق). *الوسیله*. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره.
- عاملی حسینی، سیدجواد. (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فرج، توفیق حسن. (۱۴۰۹ق). *المدخل للعلوم القانونیه*. بیروت: الدار الجامعیه.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶ش). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: گنج دانش.
- کاده، زهران بن ابراهیم. (۱۴۲۸ق). *الجهل بالأحكام الشرعیه و اثره فی فقه الاسلامی*. دمشق: بی نا.
- کاشانی، فیض. (۱۴۰۶ق). *الوافی*. اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی (ع).
- کاظم یزدی، سیدمحمد. (۱۴۲۱ق). *حاشیه المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
- کاظمی تستری، اسد الله. (بی تا). *مقابس الانوار*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی*. قم: دار الکتب الإسلامیه.
- گلپایگانی، سیدمحمد رضا. (۱۳۹۰ق). *التعلیقات علی العروه الوثقی*. قم: المطبعة العلمیه.
- لاری، سیدعبدالحسین. (۱۴۱۸ق). *التعلیق علی المکاسب*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- مامقانی، محمدحسن. (۱۳۱۶ق). *غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب*. قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
- مبارک، سعید عبدالکریم. (۱۹۸۲م). *اصول القانون*. موصل: دارالکتب للطباعه و النشر.
- مجاهد، سیدمحمد. (بی تا). *المناهل*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). *فقه الامام الصادق (ع)*. قم: مؤسسه انصاریان.
- موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۳۹۲ش). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی.

موسوی خویی، سیدمحمد تقی. (بی تا). *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*. قم: بیروت: دار المؤرخ العربی.

نائینی، محمد حسین. *المکاسب والبیع*. (۱۴۱۳ق). قم: النشر الاسلامی.

نجفی، محمد حسن. (۱۴۲۱ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نجم آبادی، میرزا ابوالفضل. (۱۴۲۱ق). *الرسائل الفقهیه*. قم: انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا^(ع).

نریمانپور، مهدی. (۱۴۰۲). *تصحیح عقود نامعتبر در فقه و حقوق تطبیقی*. دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری.

همدانی، آقا رضا بن محمد. (۱۴۲۰ق). *حاشیه کتاب المکاسب*، قم: نشر مؤلف.

هندی، فاضل آبی. (۱۴۱۶ق). *کشف اللام والابهام عن قواعد الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم.

یوسفی نژاد، سامان. (۱۳۹۹). *مفهوم شبه در اندیشه اصولی مذاهب فقهی اهل سنت*. دوفصلنامه تخصصی

مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب. سال سوم. شماره دوم. صص ۱۶۸-۲۰۶.

Chantepie, G., & Latina, M. (2018). *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Dalloz.

Christos P. Kinanis.(2022). *THE DEFENCE OF ILLEGALITY – “EX TURPI CAUSA NON ORITUR ACTIO” – THE CYPRUS APPROACH*.

Confino.(2017). *Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel*; J. Lafond et alii, Code des baux, LexisNexis.

Fauvarque-Cosson, B., & Mazeaud, D. (2008). *Principes contractuels communs. Société de Législation Comparée: Paris*.

Acosta Rodríguez, J. E., & Gual Acosta, J. M. (2021). *La Sécurité Contractuelle Et Le Principe De Faveur Pour Le Contrat Une Vision À Partir Du Droit Transnational*. *Revista republicana*, (30), 147-162.