

## Initial Rescission: A Novel Approach to Addressing Delays in Contractual Obligations— Re-examining Darar (damage) and the La Darar (No-damag) Rule in Iranian Judicial Practice

Nader Vellaei<sup>1</sup>, Mohamad Vahidnia<sup>2</sup>, Javad Farhadi<sup>3</sup>

### Abstract

The dominant jurisprudential doctrine and the prevailing view among Iranian legal scholars maintain that in cases of contractual breach, the primary remedy is the specific performance of the obligation. Consequently, an initial right of rescission is traditionally rejected because it is viewed as being in conflict with the principle of the binding force of contracts (*pacta sunt servanda*). This position rests on the belief that the principal obligation holds substantive value; therefore, if performed, even with a delay, no compensable damage remains. Within this traditional framework, the loss of “temporal desirability” of performance is not recognized

---

1. Deputy for Judicial Affairs to the Chief Justice of Tabriz  
nader.vellaei@gmail.com

2. Ph.D. Candidate in Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran  
mohamadvahidnia11@gmail.com

3. Chief Judge of Branch 42 of the Tabriz General Civil Court  
javad.farhadi1366@gmail.com

as damage, as the concept of damage in jurisprudence has historically been confined to the actual diminution of property. However, this interpretation ignores the loss of opportunities that could have been realized through timely performance. Recently, some scholars have proposed a new approach, which is consistent with other legal systems, to identify a right of rescission alongside the possibility of compelling performance. This article employs a descriptive-analytical method to examine judicial practices and jurisprudential foundations concerning the recognition of an initial right of rescission. It concludes that if a delay in performance constitutes a “fundamental breach,” the removal of harm, which is a matter determined by customary understanding rather than abstract *ijtihād*, necessitates the recognition of an initial right of rescission. This is particularly relevant when monetary compensation is disproportionate to the harm suffered, or when compelling performance fails to adequately redress the damage according to customary standards.

**Keywords:** Initial Rescission, Specific Performance, Damage, Temporal Desirability, Temporal Utility, Obligations, Compelling the Obligor

## Introduction

The principle of the binding force of contracts known as *pacta sunt servanda* serves as the cornerstone of legal systems and Islamic jurisprudence. It is firmly established in the Iranian legal framework under the Quranic verse *Awfu bil Uqud* and Article 219 of the Iranian Civil Code. The fundamental function of this principle is to ensure stability in transactions and guarantee economic security within society so that contracting parties can organize their financial and commercial relations based on mutual reliance. However the occurrence of default and delay in performing contractual obligations poses a severe challenge to the efficiency of this principle and creates a direct conflict between the binding force of contracts and the rights of the obligee. In traditional Iranian judicial precedent and legal doctrine which closely follow the predominant view of Shiite jurists the remedies for breach of contract are structured in a hierarchical manner. Under this traditional model in the event of a breach the obligee is initially and exclusively required to seek specific performance. Only when specific performance becomes absolutely impossible or when execution by a third party cannot be achieved does the right of rescission accrue to the obligee as the last resort. This research by analyzing Articles 237 to 239 of the Iranian Civil Code and revisiting judicial decisions criticizes this traditional and hierarchical model built upon the absolute priority of specific performance. The core question of this study is whether in contemporary economic conditions where time and speed constitute the very essence of contractual utility subsequent specific performance can still be deemed an effective remedy to mitigate harm. Prominent classic jurists including Sheikh Ansari and the author of *Jawahir al Kalam* emphasized the priority of specific performance and conditioned the right of rescission on

the impossibility of compulsion. They argued that performance even if delayed fulfills the primary purpose of the contract and negates the loss of the obligee. However the primary critique leveled by this paper against the traditional doctrine is that it adopts a highly restricted definition of harm and reduces it merely to the physical or material diminution of existing assets. Conversely in modern economic analysis losses such as currency depreciation due to inflation the loss of alternative business opportunities and the freezing of capital with the defaulting party constitute clear manifestations of compensable harm.

### Discussion and Results

From a jurisprudential perspective this article challenges the absolute reliance on the famous Prophetic tradition of Al Mu'minin inda Shurutihim and argues that interpreting this indicative statement as an absolute and binding normative obligation requires independent corroborating evidence. Furthermore some early jurists did not accept the possibility of compelling the obligor in specific instances such as conditions of manumission and instead granted the obligee an immediate choice between accepting the breach or rescinding the contract. This distinction arose because they differentiated between religious or statutory duties such as paying maintenance or alimony where the ruling authority has direct instruments of compulsion and purely contractual obligations and found no solid legal basis for granting the obligee absolute coercive power over the obligor. In re evaluating the rule of La Darar or no harm through the narrative of Samurah ibn Jundab the authors demonstrate that the Prophet Muhammad (PBUH) faced with the obstinacy of Samurah ordered the uprooting of the date palm. This action indicates that the remedy for eliminating harm in Islamic law is not restricted to subsequent pecuniary compensation or compelling the infringer to respect

the rights of others. Rather to prevent the continuation of a harmful situation the underlying legal relationship or the source of the harm itself may be severed. Therefore depriving the obligee of an immediate right of rescission and leaving them suspended in protracted litigation to prove the impossibility of specific performance is itself a harmful rule and contradicts the spirit of the La Darar rule. The lengthy litigation process coupled with the rapid decline in the purchasing power of money multiplies the losses of the obligee. The prohibition of recovering lost profits under Note 2 of Article 515 of the Iranian Civil Procedure Code does not negate the existence of such harm but rather the uncompensability of these lost opportunities reinforces the necessity of granting an immediate right of rescission to allow the obligee to escape a detrimental contract.

On the empirical level and concerning judicial precedent this article examines the divergence of opinions in Iranian courts and shows that alongside traditional judgments that dismiss rescission claims due to a failure to prove the impossibility of compulsion progressive rulings have emerged. A prime example is the judgment delivered by the 18th Chamber of the Court of Appeal of Ardabil Province regarding a partnership in construction contract for a building with six stories. In this case despite the issuance of an enforcement order the builders failed to perform and one absconded while the other was incarcerated. The Court of Appeal reversed the decision of the lower court and upheld the rescission. In a progressive reasoning the court declared that custom which reflects collective rationality dictates that imposing a useless contract and forcing the continuation of a relationship with a defaulting party constitutes an unjustified harm and breaches fundamental contractual trust and renders the futile stages of seeking specific performance unnecessary. Similarly a

judgment from the 2nd Chamber of the General Court of Robat Karim concerning a contract of sale where the buyer failed to pay a substantial portion of the deferred price distinguished between fundamental and minor breaches. The court asserted that in today's economic climate custom does not tolerate giving a defaulting party repeated opportunities to breach and that in the event of a breach of fundamental and material conditions the right of immediate rescission is directly established for the seller. Comparing these judicial stances with the concept of fundamental breach in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods the authors argue that a breach is fundamental when it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract. In such circumstances granting the right of rescission without requiring prior recourse to specific performance is a standard defensive reaction.

### Conclusion

Based on the findings of this study insisting on the absolute priority of specific performance undermines contractual freedom and the economic efficiency of transactions. The utility of time in contemporary contracts is not an ancillary clause but the very essence of the mutual assent. Thus suspending the right of rescission distorts contractual justice. The authors propose that Iranian contract law must transition from a rigid hierarchical model to a differentiated and parallel model. Under this proposed framework in minor and not essential breaches the remedy of specific performance remains primary. However in cases of fundamental breach where the delay of the obligor destroys the economic purpose and main objective of the transaction the right of immediate rescission must be recognized as a parallel remedy alongside specific performance. The judge through dynamic con-

tract interpretation consideration of market customs and evaluation of the surrounding circumstances must assess the utility or futility of specific performance and prevent the perpetuation of harm to the obligee. The final conclusion of the article is that immediate rescission in cases of fundamental breach of obligation is not only consistent with the justice oriented spirit of jurisprudential rules but also fully aligns with the economic functions of contracts in the modern world. Consequently judicial precedent should courageously transcend the literalism of statutory provisions and recognize this efficient doctrine to restore dynamism and stability to contractual and commercial relations.

## فسخ ابتدایی در مواجهه با تأخیر تعهدات؛ بازخوانی «ضرر» و «لاضرر» در رویه قضایی ایران

نادر ولائی<sup>۱</sup>، محمد وحیدنیا<sup>۲</sup>، جواد فرهادی<sup>۳</sup>

### چکیده

نظر مشهور فقهی و دیدگاه رایج حقوق دانان بر آن است که در نقض تعهدات قراردادی، ضمانت اجرای نخستین، اجبار متعهد بوده و از این رو حق فسخ ابتدایی که مخالف با اصل لزوم است، جایگاهی ندارد؛ زیرا اصل تعهد موضوعیت دارد و با اجرای اصل تعهد ولو در زمانی مؤخر، ضرری باقی نمی ماند؛ با این وصف، از دست دادن مطلوبیت زمان اجرای تعهد، به عنوان ضرر شناسایی نشده و این امر به سبب مفهوم شناخته شده از ضرر در فقه است که به نقصان مال اطلاق شده است؛ این در حالی است که تأخیر در اجرای تعهد می تواند باعث از دست دادن فرصت هایی شود که با اجرای به موقع تعهد، نصیب متعهدله می شد. اخیراً برخی حقوق دانان رویکرد جدیدی هم سو با مقررات جاری در دیگر نظام های حقوقی ارائه داده اند که نتیجه آن، شناسایی حق فسخ هم عرض با امکان الزام متعهد به اجرای تعهد است. رویه قضایی نیز گام هایی برای شناسایی این دیدگاه برداشته است. این مقاله به روش توصیفی تحلیلی برخی رویکردهای رویه قضایی و منابع فقهی و حقوقی را در راستای شناسایی حق فسخ ابتدایی بررسی می کند و نتیجه می گیرد که تأخیر در اجرای تعهد اگر نقض اساسی باشد، رفع ضرر که مفهومی عرفی و بی نیاز از اجتهاد است، از طریق شناسایی فسخ ابتدایی ترجیح می یابد؛ زیرا در برخی موارد به رغم وجود ضرر به مفهوم عرفی، رفع آن با جبران مالی تناسبی ندارد و اقدامی همچون اعطای حق فسخ ابتدایی رافع ضرر می باشد. این دیدگاه تا جایی قابل پذیرش است که عرفاً الزام متعهد رافع ضرر نباشد.

**واژگان کلیدی:** فسخ ابتدایی، الزام به ایفای تعهد، ضرر، مطلوبیت زمانی،

تعهدات، اجبار متعهد

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، معاون قضایی رئیس دادگستری تبریز، تبریز. (نویسنده مسئول)  
nader.vellai@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تبریز، تبریز  
mohamadvahidnia11@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تبریز، رئیس شعبه ۴۲ دادگاه عمومی حقوقی تبریز، تبریز.  
javad.farhadi1366@gmail.com

## درآمد

قراردادها به عنوان مخلوقی اعتباری و پرچم‌دار حاکمیت آزادی اراده‌ها توان ایجاد آثار مختلفی دارند و قوانین به اشکال مختلف به این آثار در محدوده مشخصی اعتبار داده‌اند. از آثار مهمی که قراردادها در پی دارند ایجاد تعهد است. تعهد معمولاً به مفهوم انجام دادن عمل است و ایجاد و اجرای آن دو مقوله متفاوت است. گاهی در قراردادها تعهد به عنوان مورد اصلی است و گاهی اثر شرط ضمن عقد است، تخلف از اجرای تعهد در موعد تعیین شده با چالش انتخاب ضمانت اجرای تعهد همراه بوده است. در بین فقهای متقدم پیش از این که وجود یا فقدان حق فسخ محل چالش باشد، امکان الزام متعهد به اجرای تعهد به عنوان حکمی تکلیفی محل تردید بوده است (علامه حلی، ۱۴۰۳/۲: ۹۱)، ولی روند تاریخی در عقاید فقها نشان می‌دهد فقهای متأخر (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۷) با پذیرش امکان الزام متعهد به اجرای تعهد، اعطای حق فسخ را منوط به عدم نتیجه‌گیری از امکان الزام متعهد دانسته‌اند؛ چرا که اجرای تعهد در هر زمانی را موجب تحصیل مقصود و دفع ضرر تصور کرده‌اند. به این ترتیب اصولاً عدم رعایت مطلوبیت زمان در اجرای تعهد، ضرر تلقی نشده است. از منظر نویسندگان حقوقی این رویه موافق با اصل لزوم قراردادها و استثنایی بودن حق فسخ توصیف شده است. واضعان قانون مدنی در رابطه با تعهدات ناشی از شرط فعل از مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی احکامی مشابه احکام یاد شده را تقنین نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۴: ۲۶۴ و شهیدی، ۱۴۰۱: ۲۳ و امامی، ۱۳۷۳: ۴۸۵ و عدل، ۱۳۵۴: ۳۰۸) و ظاهراً در برخی مواد قانون مدنی در ابوابی مانند اجاره و مزارعه نیز از همین رویکرد پیروی نموده‌اند. در مواد ۴۷۶<sup>۱</sup> و ۴۸۷<sup>۲</sup> و ۵۳۴<sup>۳</sup> قانون مدنی رابطه طولی ضمانت اجرا مشاهده می‌شود؛ به این ترتیب که در تعهدات قراردادی اجاره و مزارعه، متعهدله ابتدا حق الزام متعهد را دارد و به طور ابتدایی حق

۱. موجر باید عین مستاجره را تسلیم مستاجر کند و در صورت امتناع موجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار مستاجر اختیار فسخ دارد.

۲. هرگاه مستاجر نسبت به عین مستاجره تعدی یا تفریط نماید و موجر قادر بر منع آن نباشد موجر حق فسخ دارد.

۳. هرگاه عامل در اثناء یا در ابتداء عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد، حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان مزارع حق فسخ دارد.

فسخ اعطا نمی‌شود و در صورت عدم امکان اجبار متعهد، حق فسخ ایجاد می‌شود. مثلاً موجر در عقد اجاره متعهد به تسلیم عین مستأجره است و در صورت تخلف، مستأجر حق فسخ ابتدایی ندارد.

در آثار برخی حقوق‌دانان بر خلاف اکثر شارحان قانون مدنی، با استفاده از نظرات فقهی مخالف، دیدگاه‌های متمایزی ابراز شده است؛ تأکید این نظرات امکان بهره‌گیری از ضمانت اجرای فسخ قرارداد در عرض الزام متعهد است. رویکرد این دیدگاه‌ها تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند. برخی ضمانت اجرای طولی در عدم اجرای شرط فعل را به سبب تعهدات شرطی استثنایی دانسته و ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی قراردادها را منصرف از ضمانت اجرای طولی دانسته‌اند. (دارویی، ۱۳۹۳: ۱۳۴-۱۳۵)؛ برخی معتقدند که ماده ۲۳۷ قانون مدنی برای متعهدله اختیار استفاده از الزام متعهد را شناسایی کرده است؛ زیرا از واژه «می‌تواند» در این ماده استفاده شده است و ماده ۲۳۹ نیز باید با همین وضعیت تفسیر شود و این امر نافی ایجاد حق فسخ نیست (ریاحی و صادقی و پارساپور، ۱۳۹۷: ۲۴۹)؛ برخی دیگر از حقوق‌دانان نظرات فقهی موافق با اعطای حق فسخ ابتدایی را قابل جمع با مقررات فعلی دانسته‌اند (اسماعیلی و حیدری، ۱۳۹۹: ۳۶-۳۷) و در آثاری نیز با مطالعه تطبیقی، اعطای حق فسخ ابتدایی همراه با امکان الزام متعهد، امری عقلایی و منطبق با خواست عرف اعلام شده است (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۰-۳۱۱).

رویه قضایی ایران از این تفاسیر مختلف تأثیر پذیرفته است و در حال حاضر در قراردادهایی مانند پیش‌فروش ساختمان که اثر اولیه عمده آن ایجاد تعهد برای سازنده ساختمان است، رویه‌های مختلفی در پیش گرفته است. برخی آرا از همان تفسیر شارحان قانون مدنی پیروی نموده و ضمانت اجرای عدم اجرای به موقع تعهد را الزام متعهد به اجرای تعهد دانسته است، اما برخی آرای صادره در تکاپویی برای لحاظ کردن واقعیت‌های اجتماعی، شناسایی حق فسخ را در پیش گرفته و عدم اجرای به موقع تعهد را ضرر دانسته و رفع آن را با اعطای حق فسخ جبران کرده است. در مواجهه با این تغییر باید به دلایل فقهایی که اجرای تعهد در هر زمانی را رافع ضرر دانسته‌اند پرداخت و مقررات قانون مدنی با دیدگاهی علت شناسی

بازتفسیر نمود و پاسخ سؤالات ایجاد شده را ارائه کرد: آیا ضرر به عنوان مفهومی موضوعی قابل اجتهاد و اعلام نظر شارع است؟ چرا بر اساس مفروض اکثر فقها، عدم اجرای به موقع تعهد فی نفسه ضرر نیست؟ آیا می‌توان از مقررات ناظر به شرط فعل یا مواد ۴۷۶ و ۵۳۴ قانون مدنی نتیجه گرفت که قانون مدنی نیز اجرای تعهد در زمانی مؤخر را رافع ضرر می‌داند؟

در ادبیات حقوقی و فقهی کشور، پژوهش‌های متعددی پیرامون نسبت میان ضمانت اجرای الزام به ایفای تعهد و حق فسخ صورت گرفته است که در آثار جدید می‌توان به مقاله «فسخ به جهت نقض قرارداد» نوشته آقای دکتر عباسعلی دارویی و همچنین به مقاله «سلسله مراتب و تغییر ضمانت اجرای نقض قرارداد، رویکرد اسناد بین‌المللی و حقوق ایران» نوشته آقای دکتر ابراهیم شعاریان و خانم سارا صاحب جمع اشاره نمود. عمده این مطالعات بر تبیین نظری امکان فسخ ابتدایی در فقه امامیه، بررسی جایگاه شرط فعل در قانون مدنی و یا مطالعه تطبیقی نهاد نقض اساسی در اسناد بین‌المللی متمرکز بوده‌اند. با وجود این، خلأ ملموسی در ارائه یک تحلیل یکپارچه که بتواند مبانی فقهی مانند بازخوانی قاعده لاضرر را با واقعیت‌های اقتصادی معاصر نظیر «مطلوبیت زمانی تعهد» و همچنین با «رویه قضایی پویا و آرای صادره از محاکم» پیوند دهد، احساس می‌شود.

این مقاله بر آن است تا با رویکردی تحلیلی به بررسی مبانی «اصل لزوم قراردادها» و استثنائات آن بپردازد. در همین راستا، در بخش نخست، مبانی نظری و فقهی «اصل لزوم» و «قاعده لاضرر» واکاوی خواهد شد. در بخش دوم، با تکیه بر مفهوم «نقض تعهدات قراردادی»، نقش آن در اعمال حق فسخ بررسی می‌شود. در نهایت، با مذاقه در رویه‌های قضایی و دکترین حقوقی، کارآمدی ضمانت اجرای ناظر بر نقض قرارداد و چالش‌های جبران خسارت اعم از مالی و معنوی مورد نقد و ارزیابی قرار خواهد گرفت.

## ۱. ضرورت الزام به اجرای قرارداد و نقش ضرر در تحقق

### حق فسخ

بر اساس اصل لزوم قراردادها اصولاً حق برهم زدن عقد منتفی بوده و توافقات قراردادی باید اجرا شود. بقای این حکم اولیه در برخی موارد حکمی ضرری است

و اعطای حق فسخ رافع این حکم اولیه ضرری است و این امکان را فراهم می‌نماید که متضرر از حکم اولیه راه‌گزینی داشته باشد. گفته می‌شود در التزامات قراردادی، اصل لزوم قرارداد به تعهد متعهد وابسته می‌شود و عدم پای‌بندی متعهد می‌تواند حق عدم پای‌بندی متعهدله به توافقات را ایجاد کند (اسماعیلی و حیدری، ۱۳۹۹: ۳۶). به عبارت دیگر اصل لزوم قرارداد باعث می‌شود در برخی موارد یک طرف قرارداد متعهد به قرارداد باقی‌مانده و اجرای تعهدات قراردادی نماید؛ در حالی که طرف دیگر از اجرای تعهدات مربوط به خود تخلف نموده است. در این حالت اعطای حق فسخ برای رفع ضرر ناشی از لزوم قرارداد است. اگر منشأ اعطای حق فسخ که همان ضرر است به نحو دیگری مرتفع شود پای‌بندی به قرارداد ترجیح دارد. با وجود اقتضای اصل لزوم بر پابرجایی قرارداد، نمی‌توان آن را اصلی انعطاف‌ناپذیر دانست؛ چه آن‌که در پرتو اصل حاکمیت اراده، تعدیل قراردادی و پیش‌بینی شروط تعدیل‌کننده ضمن عقد، از مهم‌ترین جلوه‌های انعطاف‌پذیری قراردادها به شمار می‌آید (طالب‌احمدی، ۱۴۰۳: ۲۳۹).

در مطالب پیش رو خواهیم دید دیدگاه سنتی تقدم الزام متعهد به امکان اعطای حق فسخ بر این اساس استوار شده است که ضرر ناشی از عدم اجرای تعهد، با الزام متعهد به اجرای تعهد مرتفع می‌گردد. تثبیت این رویکرد در حالی بوده که در میان فقها تردیدهایی نسبت به امکان اعطای حق الزام متعهد به متعهدله در تعهدات قراردادی وجود داشته است در این بخش به مطالب مرتبط خواهیم پرداخت.

## ۱-۱. تغییر رویکرد فقهی از عدم امکان الزام متعهد قراردادی به

### امکان الزام متعهد

در بررسی تحولات نظرات فقهی این دیدگاه وجود داشته که در تعهدات قراردادی امکان الزام متعهد وجود ندارد و برای دفع ضرر ناشی از تخلف متعهد، طرف قراردادی حق فسخ دارد. یکی از فقها با ذکر مثالی امکان الزام در تعهد قراردادی را منتفی دانسته و در مثالی اعلام کرده است چنانچه با بایع برده‌ای را به شرط آزاد کردن وی به مشتری بفروشد، چنین بیعی صحیح است و در صورت امتناع مشتری از عمل به مفاد شرط، با بایع مخیر است بین قبول بیع در همین حالت

یا فسخ آن و بایع حق اجبار مشتری را ندارد (علامه حلی، ۲/۱۴۰۳: ۹۱). استدلال فقهای که مخالف امکان اجبار متعهد به انجام تعهد می‌باشند عموماً مبتنی بر فقدان دلیل بر جواز اجبار است؛ زیرا از نظر این دسته از فقها ادله موجود در باب تعهدات یا شروط، عمدتاً یا هیچ دلالتی بر وجوب ندارند یا صرفاً دلالت بر یک حکم وضعی دارند. علامه حلی بیان داشته است که شرط در چنین مواردی حق مشتری است و وجوب ناشی از آن صرفاً وجوب وضعی است (علامه حلی، ۴/۱۴۰۳: ۱۴۲). در تقویت این استدلال گفته شده است در احادیث و اخبار اجبار شخص به عنوان یک ضمانت اجرا در باب تعهدات شرعی (غیر قراردادی) پذیرفته شده است (کلینی، ۱۴۱۴: ۱۳۰). همچنان که در باب ایلاء یا نفقه اقارب که همگی ناظر بر تعهدات شرعی هستند اجبار شخص به انفاق یا طلاق، ممکن ارزیابی شده است. گفته شده است صرف حکم وضعی وجوب که ناشی از لزوم قرارداد است موجب تسلط محکوم‌له نسبت به محکوم علیه نیست و این تسلط نیازمند دلیل است و اگر از عدم اجرای تعهد ضرری به متعهدله وارد شود وی می‌تواند به طریق دیگری این ضرر را رفع نماید و آن طریق فسخ قرارداد است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۱). محقق حلی پس از بررسی همین فرض، بیان داشته است در صورت امتناع مشتری از عمل به مفاد شرط، بایع حق فسخ دارد (محقق حلی، ۱۴۱۴: ۲۸). از بررسی متون یاد شده استنباط می‌شود که علت قیاس تعهدات قراردادی با تعهدات شرعی از این رو بوده است که هر دو به عنوان تعهد بر ذمه متعهد قرار می‌گیرند؛ در تعهدات شرعی وجوب ناشی از حکم شارع اگر ذی نفعی داشته باشد بدون اجرای تعهد، از ذی نفع رفع ضرر نمی‌شود مانند وجوب پرداخت نفقه، ولی در تعهدات قراردادی ملازمه‌ای بین دفع ضرر با امکان الزام متعهد وجود ندارد و امکان دفع ضرر با اعطای حق فسخ وجود دارد و از آنجایی که تسلط محکوم‌له بر محکوم‌علیه نیاز به دلیل دارد و صرف وجوب ایفای تعهد قراردادی، چنین ملازمه‌ای را شامل نمی‌شود.

شهید اول نیز از جمله فقهای است که امکان اجبار متعهد را مشکل دانسته و نسبت به اعطای حق الزام به اجرای تعهد ابراز تردید نموده است (شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۱۴). عمده دلیل ایشان برای عدم امکان اجبار متعهد، استناد به اصل عدم وجود

حق اجبار بوده و ادله‌ای را که در باب جواز و تقدم اجبار بر فسخ وارد گردیده را مورد قبول نمی‌دانند اجمال مطلب این‌که، ادله موجود در باب تعهدات و شروط دلالتی بر وجوب عمل به مفاد شرط یا تعهد ندارند و بر فرض قبول این دلالت از نظر ایشان، وجوب فوق یک وجوب وضعی بوده و دلالتی بر جواز اجبار ندارد (خوئی، ۱۴۱۴: ۲۱۴).

عمده فقهای که قائل به امکان و جواز اجبار متعهد می‌باشند، پس از قول به امکان، فتوا به تقدم اجبار بر فسخ داده‌اند؛ زیرا عمده ادله‌ای که فقهای مذکور به استناد آن‌ها جواز فسخ را استنباط می‌کنند، آیه شریفه «اوفوا بالعقود»<sup>۱</sup> و اخبار وارده در این باب از جمله حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۲</sup> است که پس از بررسی مفاد ادله فوق، مسیر استنباط ایشان به وجوب عمل به مفاد تعهد و تقدم اجبار بر فسخ ختم می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۷ و انصاری، ۱۴۳۷: ۲/۷۱ و ۷۳).

از پیامدهای پذیرش لزوم تقدم الزام متعهد به اجرای تعهد در حقوق معاصر، ناکارآمدی رفع ضرر در وضعیتی است که نقض تعهد اساسی رخ می‌دهد و متعده با این‌که امیدی برای اجرای تعهد از سوی متعهد ندارد مجبور می‌شود فرصت و زمان مجددی به متعهد بدهد؛ در حالی که این اعطای فرصت در بیشتر

۱. سوره مائده، آیه ۱

۲. نظر مشهور بر این است که ظاهر روایت المؤمنون عند شروطهم و کلام حضرت علی (ع) که فرموده‌اند «من شروط لأسرته شرطاً فلیس به فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او حلالاً حراماً» دلالت بر وجوب دارد (انصاری، ۱۴۳۷: ۶/۲۸۳). دلالت این اخبار بر وجوب مبتنی بر دو رکن می‌باشد که عبارتند از حمل جمله خبری بر انشا و یا در تقدیر گرفتن «یجب علی المؤمنین» در اخبار ذکر گردیده. لازم به ذکر است هر یک از تقدیر و ارکان مذکور نیازمند دلیل می‌باشد، حال آن‌که دلیلی بر حمل این اخبار بر خلاف ظاهر نداریم. واژه «المؤمنون» به عنوان موضوع یک قضیه قرار گرفته است که حکم وجوب بر آن حمل می‌شود. مطابق بیان اخبار و قول فقها، دایره شمول «مؤمنین» اخص از «مسلمین» می‌باشد. همچنان که امام صادق (ع) بیان داشته‌اند که «ان الايمان يشارك الاسلام ولا يشاركه الايمان». با این بیان آیا می‌توان اظهار داشت عمل به عهد صرفاً برای مؤمنین واجب گردیده است؟ همچنین بر فرض حمل این واژه بر اعم از موضوع بر خود (مطابق حدیث دوم) آیا می‌توان بیان داشت چنین عملی بر مسلمین واجب است؟ گفته شده است با توجه به اخذ این عناوین، در موضوع اخبار ذکر گردیده و عدم وجود خصوصیت در مؤمنین یا مسلمین باید این احادیث را بر ظاهرشان حمل نموده و بیان داریم مراد از این اخبار صرفاً بیان صفات مؤمنین است یعنی مؤمن وقتی وعده بدهد بدان عمل خواهد کرد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۶۶)؛ مانند این صفات که مؤمن صلاه شب را ترک نمی‌کند یا مؤمن به کسی بخل نمی‌ورزد.

مواقع ضرر تلقی نمی‌شود و متعهدله ممکن است در شرایط دشواری قرار گیرد.<sup>۱</sup> سخت‌گیری در اعطای حق فسخ و قائل بودن تقدم الزام به امکان فسخ در دادنامه شماره ۱۶۶۸/۱۳۳۳۰۹۹۷۵۱۳۳۳۰ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۲۹ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی مشهود است. دادنامه مذکور در تأیید رأی دادگاه نخستین است. رأی دادگاه نخستین در رد دادخواهی خواهان برای تأیید فسخی بوده که دلیل فسخ، عدم وصول بخشی از ثمن مؤجل خرید و فروش خودرو بوده و دادگاه این خواسته را قابل اجابت ندانسته است. در دادنامه دادگاه تجدیدنظر، فسخ به عنوان آخرین داروی ممکن تصور شده و اعلام شده است در مقررات بین‌المللی مانند کنوانسیون بیع بین‌الملل وین ۱۹۸۰<sup>۲</sup> در اعطای حق فسخ سخت‌گیری شده است و زمانی حق فسخ قابل تصور است که اجرای عدالت و ستاندن حق متعذر باشد. چنان‌که مشاهده می‌شود در این دادنامه مصلحت حفظ عقود به عنوان اصل اساسی در نظر گرفته شده و صرفاً در موارد تعذر ستاندن حق و اجرای عدالت از مصلحت فوق صرف نظر می‌شود. یکی از مبانی دیدگاه تقدم اجبار بر فسخ استناد به اصل لزوم حفظ عقود است؛ از همین رو در این دادنامه عدم پذیرش حق فسخ ابتدایی به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است. در مطالب یکی از بخش‌های آتی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اشاره خواهد شد و به اجمال در اینجا یادآور می‌شود ماده ۲۵<sup>۳</sup> آن کنوانسیون در مورد نقض اساسی قائل به حق فسخ می‌باشد و

۱. این موضوع به خصوص در آثار فسخ قابل مشاهده است؛ زیرا فسخ عقد موجب می‌شود نهایتاً متعهدله آن چه متقابلاً ایفا کرده است را بازستاند و این امر اگر با تأخیر مواجه شود با ضررهایی ممکن است همراه باشد؛ مثلاً اگر متعهد مبلغی پرداخت کرده و منتظر ایفای تعهد متعهد باشد، سپری شدن زمان از ارزش اعتباری مبلغ ریالی پرداخت شده می‌کاهد و این کاهش ارزش با گذشت زمان بیشتر، برای امکان اعمال حق فسخ افزایش می‌یابد. این پیامد امری که ناشی از تورم افسارگسیخته است در زمان مطالعات فقهی گذشته کمتر قابل درک بوده است؛ زیرا اکثر معاملات در قبال دینار و درهمی بود که دارای ارزش ذاتی بوده‌اند و با فسخ قرارداد درهم و دینار استرداد می‌شد. مبانی اکثر فتاوی موجود در باب لزوم ایفای تعهد و اجبار متعهد، روایاتی است که در باب تعهدات اجیر وارد گشته که عمدتاً ناظر بر اجاره اشخاص برای انجام افعالی از قبیل حمل، کتابت، کار در بستان و حفر چاه می‌باشد و در این ابواب امثله زمان فقها با پرداخت درهم و دینار بوده است (کلینی، ۱۴۱۴: ۹۰۵-۹۰۸).

2. Convention on contracts for the international sale of goods 1980

۳. نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است اساساً محروم کند مگر این که طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای

از این رو به صرف هر نقض تعهدی قائل به پیدایش حق فسخ نیست که این موضوع هم راستایی حقوق ایران و کنوانسیون مزبور را در خصوص اصل لزوم قرارداد نشان می‌دهد.<sup>۱</sup>

## ۲-۱. مفروض رفع ضرر تخلف با اجرای اصل تعهد در زمانی مؤخر

یکی از ادله‌ای که قائلان به عدم امکان فسخ عقد و وجوب اجبار متعهد بدان استناد داشته‌اند عدم تحقق ضرر در صورت امکان اجبار شخص متعهد به انجام مفاد تعهد است؛ به طوری که مرحوم شیخ انصاری بیان داشته است: «ولا نعرف مستندا للخیار»<sup>۲</sup> (انصاری، ۱۴۳۷/۲: ۷۲). البته ایشان بعد از ذکر سخن فوق بیان داشته که با وجود امکان اجبار شخص به انجام مورد تعهد، ضرر از متعهدله دفع می‌شود (انصاری، ۱۴۳۷/۶: ۲۸۳). مرحوم شیخ از واژه «دفع» به جای «رفع» استفاده نموده است. اصطلاح دفع در مقامی به کار گرفته می‌شود که مقتضای امری موجود باشد، اما آن امر به مرحله فعلیت نرسیده باشد، ولی واژه رفع در مقامی استفاده می‌شود که امری موجود بوده و آن امر به مرحله فعلیت رسیده باشد لیکن امری مانع استمرار وجود آن شود (نائینی، ۱۴۰۷: ۳۳۶-۳۳۷)؛ از این رو می‌توان گفت به عقیده شیخ انصاری در این صورت کلاً ضرری به مرحله فعلیت نرسیده است. شیخ انصاری در ابواب مختلف خیارات، وجود و فعلیت ضرر را به عنوان ملاک ثبوت مورد قبول دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۳۷/۵: ۲۱۸). از منظر ایشان اگر راهی برای دفع ضرر باشد به طور کلی ضرری به مرحله فعلیت نرسیده است تا امکان اعطای حق فسخ وجود داشته باشد؛ چرا که مطابق استقرای حاصله از نظر ایشان فعلیت ضرر به عنوان رکن اصلی تحقق حق فسخ برای شخص متضرر است. میر عبدالفتاح مراغی نیز ثبوت خیار را دایرمدار وجود ضرر دانستند و با توجه به نفی وجود ضرر در فرض امکان اجبار متعهد، امکان فسخ در مسأله را مشکل دانسته است (مراغی، ۱۴۱۷: ۲۸۲). صاحب جواهر نیز همین قول را اتخاذ کرده است (نجفی، ۱۴۱۷/۲۳:

را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند.

۱. مطالب کامل‌تر در بند ۳ آمده است.

۲. در فرض فوق دلیلی برای صدور حکم به ثبوت خیار نیافتیم.

(۲۱۸).

ملا احمد نراقی پس از ذکر اخبار صحیح‌ه و موثقه وارد در باب تعهدات و شروط ضمنی عقد از اخبار موجود در مسأله چنین استنباط نموده که همگی روایات و مستندات دلالت بر وجوب عمل به شرط ضمن عقد دارند و از این رو مشروط‌علیه شرعاً مکلف به انجام مفاد تعهد بوده و مشروط‌له حق فسخ عقد را نخواهد داشت؛ زیرا وجود حق فسخ مخالف با اصالت لزوم عقود بوده و در صورت امکان اجبار شخص به انجام مفاد تعهد ضرری متوجه متعهدله نمی‌باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۷). شیخ انصاری نیز در کتاب مکاسب بیان داشته است با وجود امکان اجبار شخص متعهد به اجرای قرارداد، ضرری متوجه متعهد نمی‌باشد تا نیاز باشد به وسیله ثبوت خیار، این ضرر رفع شود (انصاری، ۲/۱۴۳۷: ۷۱ و ۷۳).

در حقوق ایران اکثر شارحان قانون مدنی متأثر از نظرات فوق بوده و ارکان استدلال خود را بر پایه عدم تحقق ضرر در موارد امکان اجبار متعهد استوار ساخته‌اند. یکی از حقوق‌دانان با نقل دیدگاه علامه در تذکره بر این باور است که در فرض امکان اجبار متعهد به انجام تعهد، تحقق ضرر برای مشروط‌له متصور نیست تا در مقام رفع آن، حقی تحت عنوان فسخ برای وی ایجاد شود. ایشان در ادامه، مواد قانون مدنی را نیز منطبق با همین مبنای فقهی دانسته است (شهیدی، ۱۴۰۱: ۱۴۶). در همین راستا، حقوق‌دان دیگری با استناد به ماده ۲۳۹<sup>۱</sup> قانون مدنی، فسخ معامله را آخرین وسیله جبرانی دانسته و معتقد است مشروط‌له تنها در صورتی حق فسخ خواهد داشت که اجرای شرط ممکن نباشد و فسخ برای دفع ضرر از وی ضرورت یابد (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۳۰۶). در تأیید این نظر تصریح شده است که هرگاه اجبار مشروط‌علیه به انجام شرط ممکن باشد یا موضوع شرط قائم به شخص متعهد نبوده و قابلیت انجام توسط دیگری را داشته باشد، حق فسخ برای مشروط‌له منتفی است (صفایی، ۱۴۰۴: ۱۹۶).

۱. هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

## ۲. فعلیت ضرر ناشی از تأخیر در اجرای تعهد و ثبوت حق فسخ

مشاهده شد که با رفع چالش امکان الزام متعهد، نظریه مشهور فقهی بر این اساس استوار گردید که ضرری با امکان الزام متعهد وجود ندارد و در نتیجه در مرحله اولیه تخلف متعهد، حق فسخی قابل تصور نیست. این دیدگاه به استواری عقود توجه داشته است و به نظر می‌رسد اجتناب از پذیرش حق فسخ ابتدایی در پی مصالحی بوده است که تخلفات کوچک را بهانه انحلال قرارداد ننماید. یکی از حقوق‌دانان در بررسی مصالح اصل لزوم، ضرورت حفظ نظم، ثبات و ضرورت تنظیم امور فردی و جمعی، ضرورت اعتماد لازم به عوامل حقوقی و ثبات معاملات را از جمله مصالح اصل یاد شده بیان نموده است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۷۴). به نظر می‌رسد در این زمینه و تأکید بر حفظ عقد افراط شده است و حقوق متعهدله در این مجادله آسیب دیده و متعهد بی‌مسئولیت را مجالی برای گریز داده است. اساس دیدگاه فقهی برای نفی حق فسخ ابتدایی فقدان ضرر است و دیگر استدلال‌ها مانند اصل لزوم قراردادها در راستای تقویت این موضع است.<sup>۱</sup> در ادامه به مبنای لاضرر در خصوص خيارات پرداخته و نهایتاً اندیشه‌ای جدید از اعمال قاعده لاضرر برای ارائه نظریه بیان می‌نماییم.

### ۲-۱. مبنای قاعده لاضرر برای خيارات

شیخ انصاری در کتاب مکاسب هفت عنوان را تحت مفهوم خيار مورد قبول قرار داده و عناوین مذکور را مرجع سایر خيارات می‌شمارد. ایشان خيار اشتراط یا خيار تخلف از شرط را به شکل معنون نیاورده، لیکن وجود و فعلیت ضرر را به عنوان ملاک ثبوت خيار مورد قبول دانسته است؛ همچنان که در ابواب خيار عیب، خيار تأخیر و خيار غبن به صراحت ضرر را مبنای ثبوت خيار برای طرف متضرر عنوان داشته است؛ با این حال ثبوت خيار می‌تواند مدرک دیگری نیز داشته باشد؛ چنان‌که ملاک ثبوت خيار اشتراط صرفاً وجود توافق طرفین عقد است و هیچ علقه‌ای به قاعده لاضرر ندارد (انصاری، ۱۴۳۷/۲: ۱۱۰). در مسأله مورد نزاع شاید گفته شود ملاک ثبوت خيار وجود شرط بنایی مبتنی بر عرف است؛ زیرا شرط حق

۱. دلایل ترتیبی بودن حق خيار و حق اجبار در باب شروط ضمن عقد بررسی شده و آیه «أوفوا بالعقود» و مقتضای عقد مشروط از ادله قائلان به این دیدگاه اعلام شده است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۴۴-۲۴۵).

مشروط‌له بوده و رضایت وی به معامله مشروط به فرض تحقق چنین شرطی است؛ یعنی لزوم عقد معلق به تحقق شرط است. چنانچه در تشریح این فرض مثالی به این ترتیب بیان شده که اگر کالایی به شرطی که موصوف به وصف خاصی باشد خریداری شود، تعلیق فوق اگر ناظر بر اصل معامله نباشد می‌تواند ناظر بر لزوم معامله باشد (سید یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۴) برخی دیگر نیز همین قول را اختیار کرده و بیان داشته‌اند دلیل ما برای ثبوت خیار در فرض نقض تعهد از طرف متعهد بنای عقلا بوده و از این خیار تحت عنوان خیار تخلف یاد کرده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵/۳۲۸) برخی دیگر از فقها نیز بنای عقلاء را به عنوان مدرک ثبوت خیار قبول داشته و در باب خیار تاخیر بیان داشته‌اند: «إطلاق العقد يقتضي تسليم كل من العوضين فعیلاً»<sup>۱</sup> (خوئی، ۱۴۱۰: ۳۷).

گفته شده است، به‌رغم افتراق ظاهری نظرات بیان شده برای مبنای خیارات، این نظریه‌ها به یکدیگر بسیار نزدیک هستند؛ چرا که در نظریه‌های یاد شده، هدف از حق فسخ رفع ضرر دانسته شده است (صادقی مقدم و شیخ، ۱۳۹۸: ۳۸). به نظر می‌آید حتی اگر توافق طرفین مبنای عام‌تری نسبت به قاعده لاضرر برای اثبات خیارات باشد، همچنان قاعده لاضرر در این مجرا کارکرد اصلی را داشته و رسالت خود را به درستی ایفا می‌نماید؛ زیرا همان‌گونه که گفته شد حکم اولیه لزوم در مواردی باعث پای‌بندی طرف قرارداد به عهده می‌شود که یک سوی آن خلف وعده کرده است و این حکم اولیه برای پای‌بندی حکمی ضرری است و قاعده لاضرر این حکم اولیه را با اعطای حق فسخ رفع می‌کند. این تلقی باعث می‌شود برای ثبوت خیار قائل به لزوم وجود دلیل خاص خیار نباشیم و در هر جایی که ادله عام موردی برای مجرا داشته باشد خیار ثابت باشد ولو آن‌که مصداق احتمالی از مصادیق خیارات معنون شرعی نباشد (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۰۸). در حقوق ایران نیز به‌رغم ذکر مواردی از خیارات در قانون، برخی از خیارات غیر معنون به عنوان خیار فسخ پذیرفته شده است مانند خیار تعذر تسلیم که به نحو معنون در قانون مدنی از آن یاد نشده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۴۴).

۱. اجرای قرارداد مستلزم تحویل واقعی هر دو مورد است.

## ۲-۲. جایگاه اجتهاد در خصوص تشخیص ضرر

آن‌چنان که گفته شد، تأخیر در اجرای تعهد ضرر تلقی نشده است و اجرای تعهد در زمانی مؤخر را نیز موجب رفع ضرر پنداشته‌اند. تردید در اطلاق ضرر به این امر، شبهه موضوعیه است. در مباحث اصولی و فقهی جهل مکلف گاهی مرتبط به حکم شرعی بوده و گاهی مربوط به موضوع حکم شرعی می‌باشد. شبهه حکمیه در مواردی جریان دارد که حکم کلی شرعی میان یکی از احکام پنج‌گانه مردد باشد (مشکینی، ۱۴۱۶: ۱۴۷). در مباحث اصول و فقه، حالت شخص مکلف نسبت به احکام شرعی در ابتدایی‌ترین تقسیم‌بندی به علم و جهل تقسیم می‌شود (مظفر، ۱۴۲۱: ۶۳). جهل مکلف نسبت به تکلیف شرعی ناشی از دو امر جهل به حکم شرعی و جهل نسبت به موضوع حکم شرعی است. ارتباط بین دو نوع جهل یاد شده با موضوع ضرر و امکان اعطای فسخ به این ترتیب است که در نظرات فقهی بیان شده در مطالب پیشین، اجرای تعهد در زمانی مؤخر رافع ضرر تصور می‌شود و از این رو اعطای حق فسخ منتفی است؛ در حالی که پذیرش این استدلال منوط به درستی این فرض است که تأخیر در اجرای تعهد را ضرر ندانیم و تشخیص فقهی را در این مورد لازم الاتباع بدانیم؛ حال آن‌که تشخیص ضرر امری موضوعی بوده و اگر شبهه‌ای در این تشخیص حادث شود شبهه موضوعی است نه حکمی.

در فرض ما یک حکم شرعی بدین شرح داریم «ضرر مجوز فسخ عقد است» که در قضیه ذکر شده جواز فسخ عبارت است از حکم شرعی و واژه ضرر عبارت است از موضوع حکم شرعی. حال سوال این است که فتوای مجتهد در شبهات موضوعیه و بیان موضوعات احکام شرعی چه جایگاهی دارد. در پاسخ به سوال مذکور بیان می‌داریم وضعیت هر مکلفی نسبت به احکام شرعی عبارت است از مجتهد و مقلد که شخص مجتهد احکام شرعی را از ادله شرعی استنباط می‌کند؛ از این رو در موارد جهل حکمی یا شبهه حکمیه، سخن مجتهد به عنوان فتوا و بیانگر حکم شرعی برای مقلد لازم الاتباع است. لیکن در امور موضوعی و شبهات موضوعیه که جهل مکلف نسبت به این امور ناشی از امور خارجی می‌باشد وضعیت مجتهد و مقلد در خصوص مراجعه به امور خارجی برابر است، توضیح

مطلب این که موضوعات احکام در یک تقسیم بندی به موضوعات مستنبط عرفی، موضوعات مستنبطه لغوی و موضوعات مستنبطه شرعی تقسیم می شوند. همچنان که از عناوین موضوعات مذکور مشخص است به جهت علم به موضوع اول و دوم باید به عرف یا لغت مراجعه کرد و از همین رو مجتهد هیچ اولویتی نسبت به مقلد در جهت مراجعه به عرف یا لغت ندارد؛ چنانچه سید یزدی محل تقلید را منصرف از موضوعات مستنبطه العرفی می داند (سید یزدی، ۱۴۱۷: ۲۴). لازم به ذکر است در ثبوت حق فسخ بر مبنای نظر شیخ انصاری صرف فعلیت ضرر کافی بوده و امکان رفع ضرر به هر نحوی موجب سقوط حق خیار ایجاد شده نمی باشد. این مطلب از بیانات ایشان در باب خیار غبن یا اخذ ارش در باب عیب در صورتی که شخص امکان رفع ضرر از خود را دارد فهمیده می شود (انصاری، ۱۴۳۷/۵: ۲۱۸)؛ بنابراین فتوای مجتهد در چنین صورتی لازم الاتباع نبوده و بیان گر حکم شرعی نمی باشد، شخص مقلد می تواند با تطبیق حکم بر موضوع (شناسایی ضرر در موارد مطروحه) نسبت به جاری کردن حکم (جواز فسخ) در موضوع اقدام کند. با این فرض می توان گفت مقام قضایی نیز الزاماً تابع موضوع شناسی انجام گرفته توسط فرد مجتهد نبوده و می تواند پس از شناسایی وجود ضرر به جواز فسخ (که یک حکم شرعی است) رسیده و حکم صادر کند.

بعضی معتقدند گرچه موضوع شناسی از شروط لازم اجتهاد شمرده نشده، ولی مقوم استنباط صحیح و درست است؛ زیرا عوارض متعدد، قیودات، ملاکات و مصالحی که شرع بر حفظ آن نظر دارد و ممکن است همراه موضوع باشند، به هنگام استنباط باید مورد توجه قرار گیرد. پس چون رابطه موضوع و حکم به منزله ارتباط سبب و مسبب است مثل آتش و حرارت؛ همان گونه که مسبب بنیادش بر سبب است، حکم نیز بر موضوعش مبتنی است. بر این اساس، شناخت موضوع مقدم بر حکم است. تا موضوع با تمام شرایط و خصوصیات شناخته نشود، حکم مناسب آن قابل استنباط نیست (هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۳: ۱۱-۱۲). در پاسخ باید گفت منظور از مباحثی که در خصوص موضوع شناسی مطرح شد صرفاً از باب عدم وجوب تقلید در موضوعات بود؛ نه این که مجتهد حق ورود به موضوع شناسی را نداشته باشد. اتفاقاً به جهت تقدم شناخت موضوع نسبت به حکم،

در مواردی ورود به موضوع ضروری است، لیکن وضعیت مجتهد در این حالت به منزله یک خبره است که در خصوص شناسایی یک موضوع تخصص دارد، لیکن آیا تقلید از وی در موضوع شناسی همانند تقلید از وی در باب حکم شناسی است؟ قطعاً پاسخ منفی است؛ زیرا تفاوت فرد مجتهد با فرد عامی و ملاک لزوم تقلید از وی توانایی رجوع مجتهد به ادله احکام و استنباط احکام شرعی است که این توانایی در افراد عامی وجود ندارد از همین رو ادله وجوب تقلید شامل، تقلید از احکام می‌شود.

### ۳-۲. موضوع شناسی ضرر ناشی از تأخیر در اجرای تعهد

بیان شد که در نقض تعهد از طرف متعهد قراردادی، شناسایی یا عدم شناسایی فعلیت ضرر نقش به‌سزایی در خصوص وجود حق فسخ ابتدایی برای متعهدله ایفا می‌نماید. از همین رو یکی از سوالات اساسی مطرح در زمینه فوق عبارت است از این امر که چنانچه در قرارداد تعهداتی بر عهده طرفین قرار گرفته و نقض عهده رخ دهد، چه موضوعاتی را می‌توان ضرر تلقی کرد. از یک سو ضرر ناشی از معوض تسلیم شده است؛ معوضی که متعهدله در قبال تعهد نقض شده به متعهد داده است و باقی ماندن آن در اختیار متعهد متخلف، ضرری برای متعهدله محسوب می‌شود. همچنین بقای تعهدی که متعهدله در قبال متعهد متخلف دارد می‌تواند ضرر محسوب شود. از سوی دیگر زمان مطلوب برای اجرای تعهد می‌تواند به عنوان ضرر بررسی شود.

ضرر در لسان فقها به نقصان وارد به مال یا جان یا آبرو اطلاق شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۱۴). از این رو در موضوعاتی که بیان شد، ضرر ناشی از تأخیر در اجرای تعهد محل تأمل بیشتری است؛ زیرا ضرر در این حالت تنها مربوط به از دست دادن مطلوبیت زمانی است؛ در حالی که با اجرای تعهد در زمانی مؤخر، ضرر ناشی از بقای عوض یا تعهد متقابل مرتفع است، ولی اگر این موضوع به عنوان ضرر تلقی شود اجرای مؤخر تعهد لزوماً موجبی برای رفع ضرر نیست. زمان تعیین شده برای اجرای تعهدات قراردادی نقشی اساسی در عقد و تعهدات پذیرفته شده طرفین دارد. افراد با توجه به هدفی که از انعقاد قرارداد دارند زمان اجرای تعهدات را تعیین می‌کنند و تخلف از زمان می‌تواند خدشه جدی بر مطلوبیت

قرارداد و ارزش تعهد داشته باشد (بابائی، ۱۴۰۴: ۴۵).

عدم رعایت مطلوبیت زمانی در اجرای تعهد فی نفسه باعث نقصان مال نیست، لیکن می تواند باعث از دست دادن منافع باشد که احتمالاً نصیب متعهدله می شد.<sup>۱</sup> این موضوع به شناخت ما از عدم النفع بسیار نزدیک است؛ زیرا عدم النفع نیز ممانعت و جلوگیری از ایجاد نفع است (سکوتی و شمالی، ۱۳۹۰: ۸۱).<sup>۲</sup> برخی فقها مفهومی گسترده تر از ضرر ارائه و ضرر را به ضد نفع تعریف نموده اند و مفهومی عرفی از ضرر را پذیرفته اند (سعادت مصطفوی و هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۸۹: ۶۶). به همین ترتیب در برخی آثار معنای ضرر عبارت است از یک مفهوم عام که شامل هر یک از معانی سوء حال، ضیق و نقص می شود (سیستانی، بی تا: ۲۲). همچنین برخلاف تصور انحصار مفهوم ضرر در خسارات مالی، در حقوق ایران با تکیه بر عمومات ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، زیان های معنوی از جمله هتک شهرت نیز دارای قابلیت جبران هستند. در واقع سکوت برخی نصوص قانونی دال بر نفی مسئولیت در قبال زیان های حیثیتی نیست و مفهوم ضرر مفهومی عام تر از خسارت مالی می باشد (بابائی و آزادبخت، ۱۴۰۳: ۳۷۳). در هر صورت در عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای تعهد با صورت های مختلفی از ضرر مواجه هستیم که بر اساس زمان حاضر و به قضاوت عرف قابل کتمان نیستند. همان گونه که بیان شد تشخیص ضرر به عنوان امری موضوعی تابع قضاوت عرف است و باید در این زمینه به برداشت عرف از ضرر مراجعه نمود. برخی نویسندگان در تقریرات خود با اتخاذ رویکردی مشابه به نقل از محقق اصفهانی گفته اند: «منشأ ضرر در لزوم عقد،

۱. در عین حال که از دست دادن مطلوبیت زمان می تواند موجب از دست دادن فرصت هایی برای متعهدله باشد، از جهات دیگری نیز امکان دارد به ضرر متعهدله باشد؛ مثلاً اگر در قرارداد سفارش ساخت دستگاه تراش کاری برای تاریخ مشخص، مبلغی به متعهد پرداخته شده باشد، از دست دادن زمانی برای اجبار متعهد موجب می شود اعمال فسخ به تأخیر افتد و قدرت خرید و ارزش اعتباری مبلغ پرداختنی با کاهش مواجه شود و این موضوع نیز به نوعی ضرری برای متعهدله از بابت تأخیر در امکان اعمال فسخ است؛ زیرا در زمان فسخ متعهدله صرفاً آنچه پرداخته است را دریافت خواهد کرد.

۲. عدم النفع متفاوت از تفویت منفعت است. از آنجایی که منفعت یکی از اشکال مال محسوب می شود، تفویت منفعت مشمول اتلاف مال می شود مثلاً تصرف در منزلی موجود که عین محسوب می شود باعث از بین رفتن منفعت سکونت آن نسبت به صاحب حق می شود؛ در حالی که عدم النفع بر این اساس استوار است که اگر تعهد اجرا شود منافع حاصل می شود و به موجودیت منافع ناظر نیست.

وقتی که مشروط‌علیه از انجام شرط امتناع می‌ورزد، عدم ایجاد شرط است و این ضرر به مجرد امکان اجبار مشروط‌علیه توسط مشروط‌له رفع نمی‌شود. هنگامی که مشروط‌له از مشروط‌علیه مطالبه وفا به شرط می‌کند ولی او امتناع می‌ورزد، لزوم عقد در این زمان ضرری است و باید طبق مفاد اصل لاضرر مرتفع شود ... پس باید فسخ در عرض اجبار باشد تا ضرری از باب لزوم عقد به مشروط‌له متوجه نشود» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۴۶).

دیدگاه شناسایی ضرر در صورت تأخیر در اجرای تعهد و تبعاً فسخ ابتدایی در برخی آرای قضایی با استدلال‌هایی پذیرفته شده است که به چند نمونه اشاره می‌شود.

مطابق دادنامه شماره ۲۰۸ مورخ ۱۳۷۵/۵/۷ صادره از شعبه ۷ دادگاه عمومی شهریار، صرف عدم پرداخت الباقی ثمن که مؤجل بوده است موجب پذیرش حق فسخ برای طرف قراردادی ذی‌نفع و تأیید فسخ او شده است. هم‌راستا با این دیدگاه، رأی اصراری شماره ۱۷ مورخ ۱۳۷۷/۹/۳ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور، گویی حق فسخ ناشی از تأخیر در پرداخت ثمن مؤجل را به استناد ماده ۳۹۵ قانون مدنی دارای شرایط مستقلى از ماده ۴۰۲ قانون مدنی دانسته و اعطای حق فسخ ابتدایی در خلف وعده پرداخت ثمن مؤجل را پذیرا شده است (نهرینی ۱۴۰۲: ۱۱۸-۱۲۰). یکی از اصلی‌ترین معیارها جهت شناسایی حق فسخ برای متعهدله، شناسایی فعلیت ضرر و استناد به قاعده لاضرر می‌باشد؛ از همین رو دادگاه در مفاد رای با در نظر گرفتن مساله فوق و موضوع شناسی ضرر، خواهان را مستحق فسخ دانسته است. خلف وعده در این فرض چنان اساسی بوده است که الزام و اجبار به اجرای تعهد در زمان مؤخر رافع ضرر تصور نشده است و از این رو حق فسخ به طور ابتدایی به خواهان اعطا شده است.

شعبه ۱۲۳ دادگاه حقوقی مجتمع شهید باهنر تهران نیز با استدلالی مشابه مستند به استنباطات عرفی و موضوع شناسی ضرر در دادنامه شماره ۱۴۰۳۶۸۳۹۰۰۰۴۷۹۶۰۲۲ مورخ ۱۴۰۳/۴/۹ حق فسخ را برای متعهد له شناسایی کرده است. در این پرونده، خواهان تقاضای تأیید فسخ قرارداد مشارکت در ساخت را به دلیل عدم ایفای تعهدات قراردادی سازنده (خوانده) نموده است؛ در حالی که نه ماه و پانزده روز

از زمان اجرای قرارداد گذشته و وکیل خواهان امکان اجرای قرارداد در مدت باقی مانده را ممتنع اعلام کرده است. دادگاه به مانند نهاد نقض قابل پیش‌بینی بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون و با استناد به قاعده لاضرر و لزوم جلوگیری از توسعه دامنه خسارت، حکم به تأیید فسخ صادر نموده است.

## ۴-۲. حکم قاعده لاضرر برای رفع ضرر ناشی از تأخیر در

### اجرای تعهد

اگرچه اجبار متعهد به اجرای تعهد برخی ضررهای شناخته شده را مرتفع می‌نماید، ولی مطلوبیت زمانی اجرای تعهد از این طریق به دست نمی‌آید. اجرای تعهد در زمانی مؤخر از این حیث که باعث سلب کسب منافع است عدم النفع محسوب می‌شود؛ زیرا با اجرای تعهد در زمان موعود تحصیل منافع برای متعهدله قابل تصور است. در قوانین فعلی قابلیت جبران خسارت عدم النفع محل تردید است، ولی در ضرر تلقی شدن عدم النفع نمی‌توان تردید کرد و در این حالت باید به دنبال نحوه‌ی رفع ضرر بود. ماده ۲۲۱ قانون مدنی در رابطه با امکان قابل جبران بودن عدم النفع مطلبی بیان نکرده است، در سیر تقنینی ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اشاره‌ای به عدم النفع ندارد و منظور از منافع ممکن الحصولی که صدق اتلاف بر آن ممکن باشد همان تفویت منفعت است؛ زیرا صدق اتلاف در این حالت ممکن است؛<sup>۱</sup> هر چند دیدگاه مخالف وجود دارد و عدم النفع مسلم را ضرر قابل جبران دانسته و عدم پذیرش جبران خسارت عدم النفع را به عدم النفع احتمالی محدود کرده‌اند (صفائی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۱۲۰).

تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ به صراحت اعلام کرده است: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست». از یک منظر می‌توان گفت الزاماً ضمانت اجرایی ایراد ضرر بر یک شخص جبران خسارت مالی نمی‌باشد و حتی در برخی موارد ایراد ضرر بر یک شخص مستلزم ورود نقصان در اموال وی نیست.<sup>۲</sup> هم‌چنان‌که ایراد ضرر

۱. صدق اتلاف یعنی اتلاف مال، اشکال مختلف مال، عین، منفعت و حق مالی است. در اتلاف منافع اتلاف مال مصداق دارد و این اتلاف نسبت به منافع موجود ممکن است در عدم النفع متضرر از به دست آوردن منافع محروم شده است.

۲. مثلاً در ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی رفع ضرر با جبران خسارت مالی متمایز در نظر گرفته

همواره ملازمه‌ای با نقصان مالی ندارد، با امعان نظر بر این رویکرد، استدلال فقها به فقدان ضرر در موارد عدم انجام تعهد از طرف متعهد هنگامی قابلیت استناد دارد که در همه حال ورود ضرر و خسارت را مستلزم نقصان مالی برای متعهد بدانیم؛ حال آن‌که این ملازمه با توجه به نگرش به مبنای قاعده لا ضرر، در تمامی فروض جاری نمی‌باشد. این نکته مهم با نگاه به اصل و مبانی قاعده لا ضرر نیز به وضوح قابل استنباط است؛ توضیح این‌که در روایات وارده در باب استناد پیامبر (ص) به قاعده لا ضرر، آمده است که شخصی از انصار نسبت به ورود و خروج سمره بن جندب به محل سکونت ایشان برای رسیدگی به درخت نخلی که سمره مالک آن بود، نزد پیامبر (ص) شکایتی مطرح نمود. همچنان که در روایت فوق بر آن اشاره شده، خواسته انصاری از پیامبر اکرم (ص) صدور حکم نسبت به خسارت نبوده و این مسأله از دستور پیامبر (ص) در فقره اول حدیث قابل استنباط می‌باشد؛ چرا که ایشان در فقره اول روایت مذکور به سمره بیان داشتند «ان ارادت الدوخل فستاذن» یعنی استاذان را به عنوان ابزاری برای رفع ضرر از صاحب محل سکنی شناسایی کردند و پس از عدم قبول سمره در فقره آخر روایت مذکور حکم به قلع نخل وی را صادر نمودند (سیستانی، بی‌تا: ۲۲). با توجه به روایت فوق کاملاً مشهود است که در فرض روایت، مسأله‌ای تحت عنوان وجود یا عدم وجود خسارت مورد بررسی قرار نگرفته و اصولاً از ورود و خروج سمره بن جندب با فرض وجود حق عبور برای وی، هیچ خسارتی به انصاری وارد نمی‌گشته و لیکن وجود ضرر در ورود بدون اذن وی مشهود و مسلم است که این امر مورد توجه رسول اکرم (ص) قرار گرفته است؛ از همین رو می‌توان بیان داشت وجود ضرر همواره ملازم با وجود خسارت و جبران مالی نبوده و امکان حدوث ضرر بدون حدوث خسارت امری مفروض است. اینک با مبنا قرار دادن روایت فوق می‌توان اظهار داشت حتی اگر در موارد عدم اجرای

شده است؛ زیرا برخی ضررها گرچه قابل جبران مالی نیستند ولی لازم‌اند که مطابق با قاعده لا ضرر دفع شوند. در ماده ۱۰ این قانون می‌خوانیم: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد. هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید». عبارت دفع ضرر در موادی چون مواد ۱۰۰ و ۱۱۴ قانون مدنی نیز به کار رفته است.

تعهد، از طرف متعهد، خسارتی به شخص متعهدله وارد نشود لیکن وجود ضرر ناشی از عدم دست دادن مطلوبیت زمانی اجرای تعهد برای متعهدله امری مسلم است. با امعان نظر بر همین موارد، عده‌ای از فقها ضمانت اجرایی ایراد ضرر معنوی به یک شخص را صرفاً لزوم اخذ حلالیت دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۸۷). در همین راستا می‌توان به دادنامه شماره ۱۴۰۴/۷۳۹۰۰۰۸۵۲۸۲۴ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان اردبیل اشاره کرد که با تفسیری عرفی، صرف استمرار قرارداد (هرچند مستلزم فعلیت نقصان مالی برای متعهدله نباشد) را مستلزم ضرر دانسته و موضوعی مستقل تحت عنوان ورود یا عدم ورود نقصان مالی به متعهدله را به عنوان یکی از جهات صدور رای مورد بررسی قرار نداده است. در این پرونده، قرارداد مشارکت در ساختی منشأ دعوا بوده است و عدم اجرای تعهدات سازندگان موجب تظلم‌خواهی طرف دیگر برای تأیید فسخ قرارداد شده و رأی دادگاه نخستین، حکم بی‌حقی خواهان در تأیید فسخ است، این دادنامه از سوی دادگاه تجدیدنظر نقض شده است و تأیید فسخ اجابت شده است. تاریخ انقضای تعهدات سازندگان ۱۴۰۲/۷/۱ و تعهد وی ساخت ساختمانی شش طبقه بوده است. خواهان پیش از این دعوا، به موجب دادخواستی، الزام متعهدین را خواستار شده بود و حکم الزام به اجرای تعهد در دادخواستی پیشین ایشان صادر شده بود ولی خواهان به سبب غیر مقدور بودن اجرای حکم (زندانی بودن یکی از سازندگان و متواری بودن دیگری) از دادگاه تأیید فسخ را خواستار شده است، ولی دادگاه نخستین با قائل بودن به موضوعیت کیفیت اجرای ماده ۲۳۸ قانون مدنی و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، وجود حق فسخ را نپذیرفته است. دادگاه تجدیدنظر در دادنامه‌ای مبسوط وجود حق فسخ را پذیرفته و خواسته خواهان دعوای بدوی را اجابت کرده است، در بخشی از این رأی می‌خوانیم: «عرف به مثابه عقلانیت جمعی و تجربه زیستی جامعه، در مقام تفسیر و تکمیل اراده طرفین، نقش آفرین است و آن‌گاه که طرفین درباره موضوعی سکوت کرده یا به نحو مبهم سخن گفته‌اند، این عرف است که با قدرت تفسیر خویش معنابخشی و نظم قراردادی می‌پردازد ... لازمه پویایی و تناسب حقوق با زیست واقعی انسان‌هاست و عرف در وضعیت‌هایی که یکی از طرفین به طور مستمر و اساسی از انجام تعهدات امتناع

می‌ورزد، بقای قرارداد را خلاف انصاف و عقلانیت می‌داند ... استمرار قرارداد در چنین حالتی، از نظر عرف تحمیل زیان ناروا و نقض اعتماد بنیادین میان طرفین است ...».

به این ترتیب می‌توان چنین نتیجه گرفت که بقای حکم لزوم قرارداد برای متعهدله در حالی که متعهد در اجرای تعهد تخلف نموده است موجب ضرر متعهدله است؛ چه این ضرر حتی از دست دادن فرصت‌هایی باشد که تا اجرای تعهد در تاریخی مؤخر ممکن است نصیب متعهدله شود. گرچه این ضرر قابلیت جبران مالی ندارد، ولی وارد دانستن این ضرر و استمرار آن برای متعهدله، حکمی ضرری است. در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صرفاً به عدم امکان مطالبه خسارت ناشی از عدم النفع اشاره شده و سایر راهکارهای رفع ضرر مورد نظر قرار نگرفته است.

### ۳. محدوده شناسایی حق فسخ ابتدایی ناشی از عدم اجرای تعهد

یکی از دلایلی که باعث شده نظام حقوقی ما مطابق با نظر مشهور فقهی، دیدگاه رابطه طولی ضمانت اجرا را در صورت نقض تعهد بپذیرد، بیم تزلزل وسیع در قراردادها بوده است؛ چرا که هر تأخیر اندکی یا هر عدم اجرای تعهد کم‌اهمیتی، قرارداد را در معرض تزلزل قرار می‌دهد؛ از این رو اصل لزوم قراردادها به عنوان اصلی راه‌گشا مورد استناد حقوق‌دانان قرار گرفته و نتیجه آن استثنایی بودن حق فسخ معرفی شده است. مواد ۴۷۶<sup>۱</sup> و ۴۸۷<sup>۲</sup> قانون مدنی در باب اجاره و ماده ۵۳۴ در باب عقد مزارعه، امکان فسخ قرارداد را منوط به عدم امکان الزام متعهد دانسته است. در ماده ۲۴۲<sup>۳</sup> قانون مدنی حق فسخ ابتدایی برای تخلف از رهن دادن مالی

۱. موجر باید عین مستاجره را تسلیم مستاجر کند و در صورت امتناع موجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار، مستاجر اختیار فسخ دارد.

۲. هرگاه مستاجر نسبت بعین مستاجره تعدی یا تفریط نماید و مؤجر قادر بر منع آن نباشد مؤجر حق فسخ دارد.

۳. هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط‌علیه مال معین را رهن دهد و آن مال تلف یا معیوب شود مشروط‌له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارض عیب و اگر بعد از آن که مال را مشروط‌له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد.

معین پیش‌بینی شده است و در تفسیر نص مزبور ماده ۲۳۷<sup>۱</sup> قانون مدنی لحاظ شده و اعلام شده است اعمال این ماده ناظر بر عدم امکان اجبار شخص می‌باشد (صفایی، ۱۴۰۴: ۱۹۷). همچنین در تفسیر حق فسخ ابتدایی ماده ۳۷۹<sup>۲</sup> قانون مدنی نیز می‌توان گفت اعطای حق فسخ در موردی که مشتری در التزام به دادن رهن یا معرفی ضامن نسبت به ثمن تخلف می‌نماید ناشی از عدم امکان الزام چنین تعهداتی است. مجموع مواد قانونی یاد شده این تصور را ایجاد می‌نماید که قانون‌گذار تفاوتی بین نقض تعهدات فرعی و اساسی قائل نشده است، اما آن‌چنان که از لزوم رفع ضرر مطالبی بیان شد، در دیدگاه مطلوب باید با محوریت امکان رفع ضرر با الزام متعهد اعطا یا عدم اعطای حق فسخ را ارزیابی نمود.

برخی از نویسندگان معتقدند که مواد ۲۳۷ و ۲۳۸<sup>۳</sup> و ۲۳۹<sup>۴</sup> قانون مدنی احکام شرط فعل را بیان نموده است و شرط به عنوان یک تعهد فرعی بوده و احکام شرط، قابل تسری به احکام تعهدات اصلی قرارداد نیست و در خصوص تعهدات قراردادی صرفاً ماده ۲۲۲<sup>۵</sup> قانون مدنی به نوعی شیوه اجرای تعهد را پیش‌بینی کرده است و ضمانت اجرای طولی در خصوص تعهدات ناشی از قرارداد جاری نیست (دارویی، ۱۳۹۳: ۱۳۴-۱۳۵). تقسیم تعهدات به اصلی و فرعی در لسان فقها متداول نیست و به نظر می‌رسد این اصطلاح از اسناد بین‌المللی وارد حقوق ایران گردیده است. در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به نقض اساسی اشاره شده است. مطابق ماده یاد شده، نقض صورت گرفته توسط یکی از طرفین تحت

۱. هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید.

۲. اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند مشتری حق فسخ دارد.

۳. هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

۴. هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

۵. در صورت عدم ایفاء تعهد با رعایت ماده فوق حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیه مخارج آن محکوم نماید.

شرایطی اساسی محسوب می‌شود و یکی از اصلی‌ترین ملاک‌هایی که برای تحقق نقض اساسی بیان شده، عبارت است از محرومیت اساسی طرف قرارداد از آنچه انتظار آن را طبق قرارداد داشته است. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز در صورت وجود برخی شرایط، نقض تعهد، اساسی شمرده شده که یکی از آن شرایط عبارت است از رکنیت تعهدی که اجرا نشده است (مواد ۱ و ۳ و ۷)؛ از همین رو یکی از راه‌های تشخیص نقض اساسی از نقض غیر اساسی عبارت است از رکنیت یا عدم رکنیت تعهدی که نقض گردیده و تشخیص این امر در هر پرونده منوط به موضوع‌شناسی مرجع تصمیم‌گیرنده است (شعاریان و صاحب جمع، ۱۳۹۸: ۲۱۶-۲۱۸).

در نظام فقه امامیه شرط به عنوان یک نهاد وابسته به عقد از زمان‌های گذشته، نقش مهمی در روابط معاملاتی داشته و بسیاری از روابط حقوقی که به علت عدم اجتماع دقیق شرایط مقرر قانونی یا به دلیل عدم انطباق الگوهای عقود معین نمی‌توانسته است به نحو مستقل در عالم اعتبار تحقق پیدا کند، به صورت شرط مندرج در ضمن عقد با لحاظ رابطه وابستگی با عقد محقق می‌گردید (شهیدی، ۱۴۰۱: ۱۹).<sup>۱</sup> به این ترتیب تقنین ضمانت اجرای طولی در شروط ضمن عقد حاکی از آن است که مقصود قانون‌گذار گریز از تزلزل عقد در نقض عهد کم اهمیت‌تر بوده است و همین دیدگاه می‌تواند در خصوص تعهدات ناشی از قرارداد هم جاری شود؛ یعنی دادرس بر اساس ضرر موجود و امکان دفع آن از طریق الزام متعهد به اجرای تعهد، از شناسایی حق فسخ اجتناب کند. این رویکرد برای اختیار دادرس در بررسی نوع نقض تعهد و ضمانت اجرای آن برای دفع ضرر ناشی از نقض اساسی، قاعده لاضرر از آن‌چنان نیرویی برخوردار تصور شده است که حتی نقض تعهد اساسی قابل پیش‌بینی و پیش از موعد انقضای قرارداد را موجب ایجاد حق فسخ پنداشته‌اند (صفایی و عسگری، ۱۳۹۳: ۱۰). در فقدان منابع فقهی و متون صریح، بنای عقلا از جمله مبانی استواری این دیدگاه بیان شده است (صفایی و عسگری،

۱. هر چند تعهدات ناشی از شروط ضمن عقد مانند شرط وجه التزام و شرط دآوری بر اساس توافقات اشخاص می‌توانند ماهیتی مستقل از عقد داشته باشند، ولی تعهدات مربوط به شرط فعل بر اساس کارکردشان معمولاً تبعی و وابسته است و این حقیقت در نحوه به‌کارگیری نهاد شرط نیز مشخص است.

۱۳۹۳: ۱۱). در راستای این مطلب می‌توان به رای شماره ۱۴۰۰۹۱۹۲۰۰۰۴۴۶۸۹۷۴ مورخ ۱۴۰۰/۷/۱۲ شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی رباط کریم اشاره کرد. در این پرونده فروشنده ملکی را در قبال ثمن به میزان بیست و پنج میلیارد ریال فروخته بود و به سبب عدم پرداخت ثمن به میزان بیست و چهار میلیارد و نهصد میلیون ریال در سررسید معین از دادگاه درخواست تأیید فسخ نمود. در استدلال‌هایی از رأی در راستای تأیید فسخ می‌خوانیم: «دادگاه باید ضمن توجه به قواعد حقوقی، نگاهی منصفانه به این قراردادها داشته باشد و قرارداد را باید در متن جامعه ببیند و بر مبنای تلقی عرف و واقعیات اقتصادی، بهترین تضمینات را برای تعهدات مندرج در آن انتخاب نماید ... عرف کاشف یا مکمل قرارداد اراده طرفین است و با شرایط اقتصادی فعلی جامعه، عرف بی‌گمان به متخلف قراردادی به گونه‌ای نگاه نمی‌کند که ابتدا به او رخصت بیشتری داده شود تا بر تخلف خود اصرار ورزد ... هیچ ضرورتی به طی کردن مراحل دیگر در مقابل متخلف از شرایط اساسی و مؤثر قرارداد وجود ندارد (به استثناء مواردی که بخش اعظم ثمن پراخت شده و تخلف، فرعی محسوب می‌شود که می‌توان الزام را تصور کرد) ...». در این دادنامه به نوعی در تخلف صورت گرفته کیفیت نقض تعهد لحاظ شده و ضرری که از این طریق وارد شده با الزام جبران‌پذیر تلقی نشده است. یکی از نکات جالب توجه، استناد دادگاه به ماده ۲۳۹ قانون مدنی برای تأیید فسخ بوده است و به مطلوبیت زمانی ایفای تعهد نیز اشاره کرده است؛ اشاره‌ای که در بستر دیدگاه عرفی، ضرر محسوب می‌شود. استناد به ماده ۲۳۹ قانون مدنی در حالی است که در دیدگاه سنتی زمانی امکان اعطای حق فسخ موضوع ماده ۲۳۹ وجود دارد که الزام متعهد بی‌نتیجه بماند؛ در حالی که رأی حاضر نشان می‌دهد ماده ۲۳۹ قانون مدنی اصل حق فسخ را شناسایی کرده است و اگر رفع ضرر مربوط به تأخیر در اجرای تعهد قابل رفع نباشد، فسخ را به طور ابتدایی و با همان حکمت ناشی از قاعده لاضرر پذیرفته است و از این رو ماده ۲۳۹ قانون مدنی مورد استناد قرار گرفته است.

به این ترتیب محوریت، مسأله تشخیص وجود ضرر و امکان دفع آن به صورت عرفی است؛ به نحوی که عرفاً با الزام متعهد ضرری قابل توجه باقی می‌ماند

یا خیر. مثلاً بر اساس ماده ۵۴۵ قانون مدنی،<sup>۱</sup> احکام عقد مسابقات تابع احکام عقد مزارعه است و در عقد مزارعه حسب ماده ۵۳۴ قانون مدنی<sup>۲</sup> ترک زرع و یا تعدی و تفریط عامل برای مزارع این حق را ایجاد می‌نماید که عامل را الزام نماید و ظاهراً به نحو ابتدایی نمی‌توان قائل به وجود حق فسخ بود، لیکن اجرای این قواعد در برخی موارد موجب صورت ناخوشایندی می‌شود؛ مثلاً اگر عامل در آبیاری و رسیدگی به درختان کوتاهی کند، انتظار مالک به الزام عامل و ضمانت اجرای طولی ممکن است وی را با ضرر جبران‌ناپذیری مواجه سازد و رفع ضرر غیر از شناسایی فسخ قابل تصور نباشد؛ چرا که درختان چند ساله وی در این انتظار به احتمال قوی تلف می‌شوند، لذا احکام یادشده در خصوص ضمانت اجرای طولی را باید ناظر به مواردی دانست که با الزام و اجرای تعهد، رفع ضرر رخ می‌دهد و اگر رفع ضرر از این طریق ممکن نباشد و توسعه ضرر قابل تصور باشد اعطای حق فسخ مانعی ندارد. در راستای بیان اهمیت تشخیص عرفی در خصوص مسأله مورد بحث می‌توان به دادنامه شماره ۱۴۰۱۰۷۳۹۰۰۲۱۸۳۹۱۹ مورخ ۱۴۰۱/۷/۲۱ شعبه ششم دادگاه عمومی اردبیل اشاره کرد. در این پرونده تقاضای خواهان به عنوان مالکی که با خوانده قرارداد مشارکت در ساخت منعقد کرده، تأیید فسخ قرارداد به سبب نقض تعهد خوانده بوده است در استدلال‌هایی از این دادنامه می‌خوانیم: «... عدم ایفای تعهد در مدت مزبور، علاوه بر آن‌که مالک را از نتایج اقتصادی قرارداد محروم می‌کند، حتی ممکن است مسئولیت مدنی ناشی از مخاطرات ساختمان نیمه‌کاره را بر مالک تحمیل نماید و دادگاه از اوضاع و احوال حاکم بر موضوع و مندرجات قرارداد و از جمله این‌که سازنده برای مدت اجرای قرارداد، متعهد به تأمین محلی برای سکونت مالک شده و تکلیف سکونت مالک در صورت تأخیر سازنده مشخص نشده، در مجموع چنین استنباط می‌کند که اجرای قرارداد در مدت معین برای مالک مطلوبیت داشته و اجرای قرارداد پس از اتمام مدت، ثمره مطلوب

۱. مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مسابقات نیز مرعی خواهد بود مگر اینکه عامل نمی‌تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

۲. هرگاه عامل در اثناء یا در ابتداء عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد، حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان مزارع حق فسخ دارد.

مالک را نخواهد داشت و بنای عقلا در رفتار معاملاتی خود نسبت به نقض چنین قراردادی، فسخ آن است و نه الزام سازنده ... فسخ ابتدایی قرارداد در نظام حقوقی ایران ممکن است و در دکترین حقوقی، نظریات مختلفی در جهت اثبات حق فسخ ابتدایی قرارداد ارائه گردیده و از میان آنها، هرچند دادگاه به نظریه‌ای توجه دارد که تعهدات را به تعهدات اصلی و تعهدات فرعی تقسیم نموده و زمانی که تخلف متعهد از تعهدات فرعی باشد، فسخ را جایز نمی‌داند و بلکه در این فرض، رعایت مقررات شرط فعل در خصوص اجبار متعهد را حاکم بر موضوع دانسته و متعهدله ناچار است، ابتدائاً اجبار متعهد به انجام شرط را تقاضا کند و لیکن در خصوص سایر تعهدات با استناد به فعلیت ضرر در موارد استمرار عقد اعمال فسخ را مشروع می‌شمارد ...».

## برآمد

۱- دیدگاه مشهور فقهی که در تخلف از اجرای قرارداد، اولویت را به اجبار متعهد می‌دهد و فسخ را به عنوان ضمانت اجرای ثانویه می‌پذیرد، گاه نتایج ناخوشایندی به دنبال دارد؛ زیرا در برخی مصادیق اطاله این روش، متعهد متخلف را فرصتی برای اصرار به تخلف می‌دهد و در این مدت متعهدله با زیان‌هایی مواجه می‌شود. برخی در مواجهه با این نتایج بیان کرده‌اند مواد قانون مدنی مربوط به شروط ضمن عقد قابل تسری به تعهدات اصلی نیست و اختیار فسخ و الزام متعهد حالت عرضی دارند نه طولی. اطلاق این نظریه می‌تواند باعث تزلزل گسترده در عقود شود و قرارداد را با کمترین نقض تعهدی در معرض فسخ ناعادلانه قرار دهد.

۲- این نگرش که با امکان اجبار متعهد، ضرری متوجه متعهدله نخواهد بود تا وی حق فسخ داشته باشد، با ایراد مواجه است؛ زیرا ضرر به عنوان مفهومی موضوعی با استنباط عرفی قابل بررسی است. در تشخیص ضرر بودن تأخیر اجرای تعهد اگر دچار تردید باشیم این نوع تردید، شبهه موضوعی است و مجتهد را در جایگاه خبره قرار می‌دهد، نه مقامی که تقلید از وی الزامی باشد. تأخیر در اجرای تعهد باعث از دست دادن موقعیت‌هایی شده یا موجب سلب کسب سود برای متعهدله می‌شود. این نوع ضرر با اجرای مؤخر تعهد که از طریق اجبار متعهد است، قابل دفع نیست. فرض رفع ضرر با امکان اجبار متعهد، با واقعیات اجتماعی امروز سازگار نیست؛ زیرا در قراردادهایی همچون پیش‌فروش ساختمان یا مشارکت در ساخت، تأخیر می‌تواند ضررهای جبران‌ناپذیری همچون از دست دادن فرصت‌های سرمایه‌گذاری یا مخاطرات ساختمانی ایجاد کند. در حقیقت بر اساس اهدافی که اشخاص در زمان انعقاد دارند زمان اجرای تعهد یکی از موارد مهمی می‌تواند باشد که خلل در آن نقض اساسی به انتظارات شخص از قرارداد است.

۳- قاعده لاضرر، به عنوان یکی از مبانی شناخته شده برای خیارها، در این چارچوب نقش کلیدی ایفا می‌کند؛ زیرا حکم اولیه لزوم قراردادهای را در موارد ضرری، با اعطای حق فسخ رفع می‌نماید. در روایت مستند قاعده لاضرر نحوه

دفع ضرر از طریق جبران مالی نیست بلکه شرایط توسعه ضرر نسبت به آینده یا وضعیت اضرارآمیز، از طریق قلع درخت از بین رفته است به این ترتیب مفهوم خسارت متفاوت از مفهوم ضرر است و لزوماً وجود ضرر به مفهوم لزوم جبران خسارت مالی نیست بلکه باید از توسعه ضرر و تداوم حالت اضرارآمیز موجود جلوگیری شود.

۴- در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مطالبه خسارت عدم النفع منع شده است و مطالبه خسارت ظهور در جبران مالی دارد؛ با این حال عدم امکان مطالبه خسارت مالی برای عدم النفع، آن را از مفهوم ضرر خارج نمی‌نماید. گرچه از دست دادن فرصت و سلب تحصیل سود که ناشی از عدم اجرای تعهد است به نوعی عدم النفع است و تعیین معادل مالی و جبران آن محل تردید است، ولی دفع آن به سبب اضرارآمیز بودن آن نباید محل تردید باشد.

۵- کیفیت دفع ضرر امری ثابت و یکسان در مصادیق مختلف نیست و بر اساس کیفیت تعهد و نوع نقض باید قائل به تفاوت بود؛ به گونه‌ای که در خصوص نقض تعهدات فرعی، اصولاً ضرر با اجبار متعهد و اجرای تعهد قابل جبران است. مواد قانون مدنی در خصوص شروط ضمن عقد با این تصور تقنین یافته است که ضرر ناشی از عدم اجرای تعهد شرطی با اجبار قابل دفع است؛ زیرا تعهدات شرطی، فرعی و تبعی‌اند. به این ترتیب در اعطای حق فسخ نباید قائل به توسعه این روش در تمام مصادیق نقض تعهد بود، بلکه باید این روش در مواردی اعمال شود که امکان دفع ضرر با اجبار متعهد قابل تصور نباشد. ماده ۴۷۶ قانون مدنی هم که به اجبار متعهد اولویت داده است، بر این فرض است که ضرر به این ترتیب دفع می‌شود. رویه قضایی با دخیل دانستن تشخیص عرف در ضرر و نوع نقض و توافقات ضمنی، در موارد قابل توجهی در نقض اساسی تعهد قائل به شناسایی حق فسخ ابتدایی است.

## فهرست منابع

## الف. فارسی

- \* اسماعیلی، محسن و حیدری، محمدمهدی (۱۳۹۹)، «بررسی و تحلیل امکان فسخ ابتدایی در فقه امامیه»، پژوهش‌نامه میان رشته‌ای فقهی، دوره ۹، شماره ۱.
- \* امامی، سید حسن (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، جلد نخست، چاپ سیزدهم، تهران: اسلامیه.
- \* بابایی، ایرج و آزادبخت، شبیر (۱۴۰۳). «مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت در حقوق ایران، آمریکا و انگلیس»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.
- \* بابائی، ایرج (۱۴۰۴)، «نقش عنصر زمان در انجام تعهدات قراردادی و ضمانت اجرای عدم انجام به موقع تعهد»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۵۰.
- \* دارویی، عباسعلی (۱۳۹۳)، «فسخ به جهت نقض قرارداد»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۶، شماره ۱۰.
- \* ریاحی، علی اصغر و صادقی، محمود و پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۷)، «تقدم حق الزام به اجرای تعهد بر حق فسخ در آرای دادگاه‌های ایران و نقد آن»، حقوق خصوصی، دوره ۱۵، شماره ۲.
- \* سعادت مصطفوی، مصطفی و هوشمند فیروزآبادی، حسین (۱۳۸۹)، «عدم النفع»، حقوق اسلامی، دوره ۷، شماره ۲۶.
- \* سکوتی نسیمی، رضا و شمالی، نگار (۱۳۹۰)، «جایگاه عدم النفع در نظام حقوقی ایران»، فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۲.
- \* شعاریان، ابراهیم و صاحب‌جمع، سارا (۱۴۰۰)، «سلسله مراتب و تغییر ضمانت اجراهای نقض قرارداد، رویکرد اسناد بین‌المللی و حقوق ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، دوره ۱۲، شماره ۲۴.
- \* شهیدی، مهدی (۱۴۰۱)، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ شانزدهم، تهران: مجد.
- \* شهیدی، مهدی (۱۴۰۱)، شروط ضمن عقد، چاپ شانزدهم، تهران: مجد.

- \* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **اصول قراردادهای و تعهدات**، چاپ سوم، تهران: مجد.
- \* صادقی مقدم، محمدحسن و شیخ، جواد (۱۳۹۸)، «از استرداد تا فسخ: مطالعه تطبیقی سیر تاریخی شناسائی حق فسخ و مبنای آن در نظام حقوقی ایران و آمریکا»، دانش حقوق مدنی، دوره ۸، شماره ۱.
- \* صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجبار در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۴.
- \* صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۹)، **مسؤولیت مدنی**، چاپ سیزدهم، تهران: سمت.
- \* صفایی، سید حسین (۱۴۰۴)، **قواعد عمومی قراردادهای**، چاپ چهل و دوم، تهران: میزان.
- \* صفایی، سید حسین و عسگری، جعفر، «نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام کامن‌لا و کنوانسیون وین»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۲.
- \* طالب‌احمدی، حبیب (۱۴۰۳)، «انعطاف‌پذیری در قراردادهای»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.
- \* عدل، مصطفی (۱۳۵۴)، **حقوق مدنی**، چاپ هشتم، تهران: امیرکبیر.
- \* فلاحت‌پیشه، بهنوش و موسوی، سید محمد (۱۴۰۲)، «مطالعه تطبیقی امکان‌سنجی اعطای حق فسخ ابتدایی قرارداد به متهدله در فقه امامیه و حقوق ایران با مطالعه موردی نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی-ژرمنی»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱۲، شماره ۴۴.
- \* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **حقوق مدنی عقود معین**، جلد نخست، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \* کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۴)، **قواعد عمومی قراردادهای**، جلد سوم، چاپ نهم، تهران: گنج دانش.
- \* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، **اعمال حقوقی**، چاپ هشتم، تهران: گنج دانش.
- \* محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق**

- اسلامی، چاپ نخست، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- \* مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، استفتانات، جلد سوم، چاپ دوم، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- \* نهرینی، فریدون (۱۴۰۲)، فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- ب. عربی
- \* انصاری، مرتضی (۱۴۳۷ق)، مکاسب محرمة، جلد دوم، چاپ نوزدهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- \* انصاری، مرتضی (۱۴۳۷ق)، مکاسب محرمة، جلد پنجم، چاپ نوزدهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- \* انصاری، مرتضی (۱۴۳۷ق)، مکاسب محرمة، جلد ششم، چاپ نوزدهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- \* ایروانی، علی (۱۴۰۶ق)، حاشیه المکاسب، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- \* خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، جلد دوم، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
- \* سیستانی، سید علی (بی تا)، قاعده لا ضرر و لا ضرار، اصفهان: مرکز قائمیه (نسخه الکترونیک).
- \* طوسی، ابی جعفر (۱۳۸۷ق)، المسبوط فی الفقه الامامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه.
- \* علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۰۳ق)، قواعد الاحکام، جلد دوم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- \* علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۰۳)، قواعد الاحکام، جلد چهارم، چاپ نخست، قم: انتشارات اسلامی.
- \* کلینی، محمد (۱۴۱۴ق)، اصول کافی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- \* محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۸ق)، شرایع

الاسلام فی بیان قواعد الحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

\* مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، عناوین الفقهیه، جلد دوم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

\* مشکینی، محمدعلی (۱۴۱۶ق)، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم: الهادی.

\* مظفر، محمدرضا (۱۴۲۱ق)، المنطق، چاپ نخست، قم: دارالعلم.

\* مکی عاملی، شمس الدین (شهید اول) (۱۴۱۷ق)، دروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد سوم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

\* موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷)، قواعد الفقهیه، جلد نخست، چاپ نخست، قم: الهادی.

\* موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، جلد پنجم، چاپ نخست، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی.

\* موسوی خوئی، سید محمدتقی (۱۴۱۴ق)، الشروط او الالتزامات التطبعیه، جلد نخست، چاپ نخست، بیروت: دارالمورخ العربیه.

\* نائینی، محمدحسین (۱۴۰۷ق)، فوائد الاصول، جلد سوم، چاپ نخست، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

\* نجفی، محمدحسن (۱۴۱۷ق)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد بیست و سوم، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث عربی.

\* نراقی، احمد (۱۴۱۷ق)، عوائد الایام، چاپ نخست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

\* هاشمی شاهرودی، محمود و جمعی از مؤلفان (۱۴۲۳ق)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، جلد نخست، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

\* یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

\* یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۷ق)، العروه الوثقی، جلد نخست، چاپ نخست، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.