

Judicial Intervention in Value Equilibrium based on economic analysis of consideration; A Solution to Deviate from Monopoly of Termination

Mansour Amini*
Sayyed Amin Pishnamaz**
Ehsan Bahramy***

Received: 2022/04/16
Accepted: 2022/06/05

Abstract

One of the elements of contracts containing bilateral financial obligations is the equilibrium in the value of the consideration. "Equilibrium" is the product of the correct (correct, complete, timely) performance of all financial obligations affecting the value of the considerations. However, sometimes financial obligations are not properly performed due to factors like ignorance, delay, violation, impossibility, a fundamental change of circumstances, etc. And the equilibrium of value expected by the parties will be disturbed. Legal texts and jurisprudential and legal opinions mention granting the right of termination as the only remedy to deal with this defect. However, accepting the monopoly of termination, considering its basis, is associated with problems. The impediment to the survival of the contract on the one hand, and the disadvantages of terminating the contract as an exclusive sanction of the imbalance, on the other hand, show the necessity of an alternative way. The present article uses a library method. To prepare an alternative way after examining the intellectual underpinnings such as the theory of contract maintenance and its comparative study, by presenting an economic analysis of the transaction, applying the La Zarar rule, while overcoming possible barriers to recourse. In parallel, it proposes a judicial intervention strategy to return to the equilibrium requirements of the value desired by the parties by relying on an interpretation of the intentions of the parties or a reference to legal principles. In this regard, this article first studies the different dimensions of the concept of balance in the value of waste. Then, explaining the principles of deviating from the monopoly of termination in case of imbalance and doubt in its obstacles, provides the necessary ground for accepting judicial intervention as a solution within the termination of the contract.

Keywords: Equilibrium in the value of the consideration, termination of the contract, contract maintenance, judicial intervention, legal principles.

* Associate Professor, Department of Private Law , Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author). aminimansour@yahoo.fr

** Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. s_pishnamaz@sbu.ac.ir

*** Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. e_bahramy@sbu.ac.ir



مداخله قضائی در موازنه ارزش بر مبنای تحلیل اقتصادی عوضین؛ راهکاری جهت عدول از انحصار فسخ

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

منصور امینی*

سید امین پشناماز**

احسان بهرامی***

چکیده

یکی از عناصر قراردادهایی که حاوی تعهدات دوجانبه مالی است، موازنه در ارزش عوضین است. موازنه، محصول ایفای صحیح (درست، کامل، به‌موقع) تمامی تعهدات مالی مؤثر در ارزش عوضین است. با این حال، همواره محتمل است که تعهدات مالی بر اثر عواملی چون جهل، تأخیر، تخلف، تعذر، تغییر بنیادین اوضاع و احوال و... به‌درستی ایفاء نشود و موازنه ارزش مورد انتظار طرفین مختلوش شود. در متون قانونی و آرای فقهی و حقوقی، از اعطای حق فسخ به‌عنوان یگانه داروی مقابله با این خدشه، یاد می‌شود. با وجود این، پذیرش انحصار فسخ، با عنایت به مبانی آن، با اشکالاتی همراه است و مصلحت نهفته در بقای قرارداد از یک‌سو، و مضرات فسخ قرارداد به‌عنوان ضمانت اجرای انحصاری به‌هم‌خوردن موازنه از سوی دیگر، ضرورت شناسایی طریق موازی را یادآور می‌سازد. به این منظور، مقاله حاضر با روشی کتابخانه‌ای، پس از بررسی پشتوانه‌های فکری، چون نظریه ابقاء عقد و کارایی اقتصادی بقاء قرارداد و مطالعه تطبیقی آن، همچنین کاربرد قاعده نفی ضرر، و ضمن جرح موانع احتمالی عدول از انحصار فسخ، همچون عدم تقابل شرط و صفت با عوض و تفاسیر مضیق از عین مورد معامله و ارزش، راهکار مداخله قضائی را جهت بازگشت به مقتضیات موازنه ارزش مورد نظر متعاقدين با اتکاء به تفسیر قصد طرفین یا مراجعه به اصول حقوقی پیشنهاد می‌کند. در این راستا این مقاله، ابتدا ابعاد مختلف مفهوم موازنه در ارزش عوضین را با رویکردی آمیخته به تحلیل اقتصادی مورد مطالعه قرار می‌دهد. سپس با تشریح مبانی عدول از انحصار فسخ در صورت به‌هم‌خوردن موازنه و تردید در موانع آن، زمینه لازم را جهت پذیرش مداخله قضائی به‌عنوان راهکاری در عرض فسخ قرارداد فراهم می‌کند.

واژگان کلیدی: موازنه در ارزش عوضین، تحلیل اقتصادی عوضین، فسخ قرارداد، ابقاء عقد، مداخله قضائی، اصول حقوقی.

* دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
aminimansour@yahoo.fr

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
s_pishnamaz@sbu.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
e_bahramy@sbu.ac.ir



تعهدات مالی در قراردادهای معوض که از آن می‌توان به عوضین یاد کرد، محصول اراده مشترک طرفین (تراضی) است. ماهیت این قراردادها، ولو طرفین بدان هرگز نیاندیشند، مقتضی توازن و تعادل است. نمی‌توان عقدی را معوض مالی دانست ولی در آن، احد متعاقدين مالی را به دیگری تمليک نماید؛ درحالی‌که از طرف مقابل، عوضی دریافت نکند و یا التزامی را نسبت به دیگری بر عهده گیرد درحالی‌که نتواند طرف مقابل را مأخوذ به تعهدی نماید؛ لذا اقتضاء ذات این عقود، تقابل تعهدات است.

نظریه موازنه، نظریه‌ای نوظهور در دکترین حقوقی ایران است که هدف آن ترسیم نقشه حاکم بر تراضی طرفین در عقود معوض مالی است. به موجب این نظریه، تراضی متعاقدين که حاوی تعهدات آنهاست، ماده و درون‌مایه قرارداد را تشکیل داده و اصول موازنه، به این مواد جاری و سیال، قالب و صورت می‌بخشند. مبدع نظریه موازنه، نخست در کتاب فلسفه عمومی حقوق، بر پایه اصالت عمل - نظریه موازنه - سه اصل موازنه تمليک، موازنه ارزش و موازنه در تسلیم را برای نظم‌بخشی به مفاد تراضی طرفین ارائه کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴). ایشان در جلد چهارم از کتاب رنسانس فلسفه، چهار اصل بر اصول فوق افزوده‌اند که عبارتند از: موازنه التزام در برابر التزام، موازنه در حدوث ملتزم به، موازنه در تأسیس اثر عقد و موازنه ثبوتی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، الف، ج ۴، صص. ۲۱۷-۲۲۴).

نوعی از تخلف نسبت به توازن عقد، تخلف از موازنه در ارزش است. بر این اساس، موازنه ارزش بر دو پایه کمیت و کیفیت، قابل بنا است و در این نوع از تخلف، قراردادی به‌طور صحیح واقع شده که حتی تا مرحله اجراء نیز پیش رفته، لکن نتیجه آن یا در اثر اختلال اولیه یا طاری، منطبق با توقعات یکی از طرفین نسبت به ارزش مطلوب نمی‌باشد. از این منظر، برهم‌خوردن موازنه ارزش، عرصه‌ای است که در آن، حمایت از بقاء قرارداد موضوعیت می‌یابد و در دو فرض، قابل تخلف است: فرض نخست زمانی است که شرایط، اوضاع و احوال از حین عقد تا اجراء، دارای ثبات بوده و فرض دیگر، زمانی است که اوضاع و احوال، دچار دگرگونی بنیادین شده است. در فرض اخیر، دادرس یا قانون یا طرفین مبادرت به تعدیل قرارداد می‌کنند؛ یعنی نقشه موازنه جدیدی را به‌عنوان حکم ثانویه مصطلح ترسیم می‌کنند ولی در فرض نخست که

موضوع پژوهش حاضر است، هنوز همان حکم اولیه حاکم است و موازنه ارزش مورد توافق، قابل استناد است. در این صورت، علی‌رغم آنکه توافقات طرفین، در عمل منتهی به موازنه نشده لکن همان موازنه مورد نظر به طریقی دیگر قابل تحقق است. یکی از طرق علاج موازنه مخدوش، فسخ قرارداد و از میان برداشتن صورت مسئله است. با این حال اگر از یک سو فسخ قرارداد، مطلوب متضرر از تخلف نباشد و از سوی دیگر، طرفین نتوانند با توافق، موازنه را زنده نگه دارند، مداخله قضایی که تجویز آن، هدف اصلی این نوشتار است، ضرورت می‌یابد.

در این مقاله تلاش می‌شود: نخست، ماهیت موازنه ارزش مورد مطالعه قرار گیرد و سپس، آنچه که سبب این امر در اعمال حقوقی می‌شود، معین شود و در نهایت، اینکه موازنه ارزش در کدام دسته از اعمال حقوقی، قابل جریان و تصور است، شناسایی شود. دوم، در دو فرع مبانی و موانع، نظریه‌ای تمهید شود که بتوان با تمسک به آن، از تلقی فسخ به عنوان تنها داروی برهم‌خوردن موازنه ارزش، جلوگیری شود. سوم، روش‌ها و ابزارهای مداخله دادرسی برای نیل به موازنه در ارزش، ترسیم شود.

در این حوزه، دو مقاله تحت عنوان «امکان تعمیم ارزش به سایر خیارات» و «ارزش شروط»، پیش از این نگاشته شده است که البته با نوشته حاضر در ابعاد زیر، دارای تفاوت‌هایی است: اولاً، در این اثر، مطالعه دقیق ضرورتی به نام موازنه ارزش، در دستور پژوهش قرار می‌گیرد؛ ثانیاً، تلاش می‌شود با شناسایی مبانی و موانع عدول از انحصار فسخ، فسخ تنها داروی برهم‌خوردن موازنه ارزش طرفین تلقی نشود؛ ثالثاً، سعی می‌شود روش‌ها و ابزارهایی که مقام قضایی با تمسک به آن، می‌تواند موازنه ارزش را اجرا کند مورد تحلیل قرار بگیرد. از این رو بنیاد مباحث این مقاله، سه فراز پیشین می‌باشد که پژوهش‌های پیشینیان - اگر نگوییم دلالتی بر آن نداشته‌اند - حاوی دلالت کمینه‌ای در این زمینه می‌باشند. افزون بر این باید توجه داشت که همان‌طور که اشاره شد تمرکز مقاله حاضر بر اعاده موازنه منظور متعاقدین در فرضی است که اوضاع و احوال و شرایط اقتصادی دستخوش تغییر بنیادین نشده است؛ از همین رو از کاربرد لفظ تعدیل قرارداد که در ادبیات حقوقی ایران رواج فراوان دارد و منصرف به فرض اخیر است، اجتناب شده است.

۱. موازنه در ارزش عوضین؛ ماهیت، اسباب و مجری

۱-۱. ماهیت

عوضین شامل عوض و معوض بوده که از باب تغلیب، بدان عوضین گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۵۱۶). معوض، مالی است که ایجاب‌کننده از دارایی خود به طرف دیگر عقد می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ب، ص. ۵۲۴) و عوض نیز آن چیزی است که بابت ارزش مال (معوض) در عقدی معوض داده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۵۱۶). طرفین قرارداد بر مبنای توافق، تعهدات متنوعی نسبت به یکدیگر بر عهده می‌گیرند. تمامی این تعهدات در چارچوب عوض و معوض تفسیر نمی‌شوند؛ بلکه عوضین اشاره به آن دست از تعهدات مالی دارد که در عقود معوض مالی، مورد توافق واقع شده است.

در خصوص گستره شمول عوضین، نظرات متفاوتی را می‌توان ارائه کرد بدین نحو که: عوضین در یک رویکرد، صرفاً متعلق موضوع عقد یا همان موضوع تعهد است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۱۰۴). در این رویکرد، برای مثال صرفاً خود ثمن (جوهر) و خود مبیع، عوضین محسوب شده و در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند.^۱ در رویکردی گسترده‌تر، عوضین نه تنها شامل خود موضوع تعهد شده، بلکه عوارضی چون اجل، اوصاف و شروط منضم به مورد معامله نیز داخل در مفهوم عوضین و جزء آن یا در حکم آن هستند (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، صص. ۳۳۱-۳۳۲).^۲ در رویکرد سوم، یعنی همراه با تحلیل اقتصادی که تا حدودی مشابه رویکرد دوم است، عوضین، تعهدات مالی طرفین قرارداد نسبت به یکدیگر است؛ با این تفاوت که خود مورد معامله صرفاً موضوعیت ندارد، بلکه مجموعه تعهدات مالی مشتمل بر خود مورد معامله و اوصاف و شروط آن، نماینده یک موقعیت مطلوب قراردادی و نفع متوقع است. این نفع و انتظار می‌تواند در قالب مورد معامله توافق شده، تحقق یافته و یا ممکن است از طرق دیگر حاصل شود. در واقع، در این رویکرد آنچه دارای اهمیت است، دستیابی متعهدله به مطلوب قراردادی است و عین، در درجه دوم اهمیت قرار داشته و موضوعیتی ندارد (رضایی استخری و اسفندیاری مهنی، ۱۳۹۴، صص. ۳۰۲-۳۰۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، الف، ج ۴، ص. ۲۱۲). بر اساس این تلقی، موازنه در ارزش

عوضین، صرفاً ناظر به اعیان مورد توافق نبوده و اعیان در خدمت نفع متوقع خواهد بود، بنابراین، چون مفهوم عوضین توسعه داده شده است، ایجاد موازنه از طرق جدیدی ممکن می‌شود.

با این اوصاف، در عقود معوض مالی، تعهدات طرفین نسبت به یکدیگر بدون محاسبه موازنه در ارزش عوضین - به هر یک از سه معنای فوق - انجام نمی‌گیرد؛ بلکه عقود مشتمل بر تعهدات متعاقدین، بر مبنای تراضی و موازنه ارزش‌ها است؛ به نحوی که تعهدات طرفین، ماده^۳ و موازنه ارزش، صورت ماهیت حقوقی عقود معوض مالی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۶). در واقع، موازنه ارزش، حالتی است که از تحقق همه عواملی که نوعاً یا شخصاً مؤثر در ارزش اقتصادی تعهدات مالی محسوب می‌شوند، حاصل می‌شود. این عوامل سازنده موازنه، ریشه در توافق طرفین، عرف و مقررات حاکم دارند.

با این توضیح، می‌بایست بین موازنه ارزش، تعادل اقتصادی عوضین و همچنین، نظریه همبستگی عوضین، قائل به تمییز شد. در این راستا، تعادل اقتصادی عوضین اشاره به لزوم برابری عرفی با لحاظ اقتضائات شخصی در ارزش عوضین دارد، بنابراین در جایی می‌توان از خیار غبن صحبت کرد که قرارداد با لحاظ تعادل اقتصادی دو عوض منعقد شده باشد؛ درحالی‌که موازنه ارزش، اعم از تعادل اقتصادی عوضین است. به دیگر بیان، تعادل اقتصادی از این حیث که عرفاً عوض و معوض (در معنای حداقلی آن) با یکدیگر هم ارزش باشند، یکی از مصادیق موازنه ارزش‌ها است. اما موازنه ارزش، معلول تحقق تمامی اسباب مؤثر در ارزش در تعهدات مالی است که یکی از آنها، لزوم تعادل ارزش اقتصادی موضوعات تعهد است. قابل تصور که در فرضی، تعادل اقتصادی عرفی یا شخصی بین عوض و معوض فراهم باشد، لکن به سبب تخلف از یکی دیگر از عوامل مؤثر در ارزش، مجموعه تعهدات متعاقدین، همسنگ یکدیگر نباشد که در این صورت، موازنه ارزش برهم می‌خورد، نظیر جایی که وجود عیب یا فقدان وصفی که گرچه در موازنه ارزش مؤثر است، لکن تعادل اقتصادی را به آن معنا که منتهی به غبن است، به هم نمی‌زند.

اصل همبستگی عوضین در عقود معوض نیز به معنای آن است که تعهدات طرفین،

به موجب تراضی به هم پیوند خورده‌اند و مستقل از یکدیگر به وجود نمی‌آید. در نتیجه، این تعهدات نمی‌توانند در مرحله اجراء نیز منفک از یکدیگر باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۴، صص. ۷۹-۸۰). البته در این اصل، تقابل، تنها در عوضین (به معنای حداقلی) وجود داشته و به تعهدات فرعی تسری نمی‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص. ۸۰). همچنین، همبستگی عوضین بر خلاف موازنه ارزش، متوجه کیفیت و کمیت تعهدات نیست، بلکه تنها ضرورت وجود دو تعهد در مقابل یکدیگر را بیان می‌کند. موازنه در توافق طرفین می‌تواند به صورت کمی یا کیفی رخ دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، صص. ۲۰-۲۱). موازنه کمی بر مبنای عوامل و معیارهای عددی و مقداری است. برای مثال، بایع و مشتری در توافق خود بر حسب مقدار مبیع، ارزش ثمن را تعیین می‌کنند و در ازای صد کیلوگرم گندم از قرار هر کیلوگرم پنج هزار تومان، پانصد هزار تومان ثمن پرداخت می‌شود. اما در موازنه کیفی، تعادل عوضین از طریق عوامل غیرکمی برقرار می‌شود. به عنوان نمونه، مشتری در ازای اسقاط کافه خیارات از بایع تخفیف می‌گیرد و یا در بیع شرط، مشتری در ازای جعل خیار برای بایع، از میزان ثمن می‌کاهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۱).

۲-۱. اسباب

اراده طرفین، گستره تعهدات قراردادی آنان را مشخص می‌کند و عدالت معاوضی، نتیجه اعمال اراده آزاد طرفین در تعیین تعهدات قراردادی و سپس، اجرای آن است. متعاملین، تعهدات مالی را در قبال یکدیگر با هدف رسیدن به موازنه ارزش بر عهده می‌گیرند. این تعهدات مشتمل بر اجزایی است که سبب موازنه می‌شوند. موازنه در ارزش، بر اساس ملاک شخصی شکل می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵)؛ از این رو، در هر قرارداد، اسباب موازنه ممکن است متفاوت باشد. به طور کلی، عواملی چون اوصاف عوضین، شروط ضمن عقد، مقدار و کمیت (اجزاء مورد معامله)، قرار دادن اجل یا تأخیر در انجام تعهد، شخصیت طرف معامله، انگیزه و شرایط اضطراری حاکم بر یکی از طرفین، ملاحظه تعادل عرفی در ارزش، ثبات اقتصادی در جامعه و... از مهمترین اسباب ایجاد موازنه ارزش نزد متعاقدين هستند و بالتبع، تخلف از هر یک می‌تواند موازنه را بر هم بزند.

نکته اساسی در شناسایی اسباب این موازنه آن است که می‌بایست شرایط حاکم بر انعقاد قرارداد و همچنین، تراضی طرفین را در نظر گرفت. برای مثال، برخی از شروط و اوصاف، ممکن است در نظر عرف، ارزش‌ساز نبوده و در موازنه لحاظ نشود، لکن طرفین، صریحاً یا ضمناً آن شرط را در محاسبه ارزش دخیل دانسته باشند. بنابراین هر چند تعیین اسباب مؤثر در ارزش، تراضی طرفین با ملاک شخصی است، نقش ملاک نوعی، درباره اثبات دعوی است؛ یعنی اگر عرف، وصف یا شرطی را مؤثر بداند، مدعی خلاف آن باید مدعای خود را اثبات کند.

خداشه در موازنه ارزش، ممکن است ناشی از تخلف یک طرف نسبت به سبب موازنه، جهل یک یا هر دوی ایشان و یا عوامل خارجی چون برهم‌خوردن شرایط اقتصادی باشد. برخی از اختیارات در قانون مدنی به‌عنوان علایج برای برهم‌خوردن موازنه ارزش وضع شده‌اند. خیار غبن، عیب، تدلیس، تخلف از وصف، تخلف از شرط، تعذر و فساد شرط، از جمله این موارد هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۶۵). باین‌حال باید توجه داشت که به غیر از دو خیار نخست، رابطه سایر اختیارات با موازنه ارزش، عموم و خصوص من‌وجه است؛ یعنی ممکن است خیار ایجاد شود، لکن علت آن، خداشه در موازنه در ارزش نباشد. به‌عنوان نمونه، تدلیس گاهی موجب برهم‌خوردن موازنه ارزش می‌شود. گاهی نیز فریب، زیانی به بار نمی‌آورد و در ارزش، لحاظ نمی‌شود ولی باز هم مستلزم خیار تدلیس است (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص. ۳۰۷-۳۰۸). به‌علاوه، قانون مدنی در ماده ۷۶۴، مطلق صلح را مجرای خیار تدلیس می‌داند ولو آنکه صلح، مسامحی یا محاباتی (یعنی بدون لحاظ توازن در ارزش) باشد. همین‌طور است خیار تخلف از شرط و وصف، در جایی که این دو در ارزش، نقشی نداشته باشند.

۳-۱. مجری

موازنه در ارزش عوضین همان‌طور که از عنوان آن به‌دست می‌آید، در جایی خواهد بود که دو عوض وجود داشته باشد. بنابراین در گام نخست، عقود مجانی و یا یک تعهدی نمی‌توانند مجرای موازنه ارزش باشند. در میان عقود معوض نیز تنها در آن دسته از عقود که تعهدات طرفین جنبه مالی دارد، موازنه قابل طرح است. از این‌رو، عقود

معوض مالی را می‌توان مجرای اصلی موازنه ارزش‌ها دانست مگر آنکه قیودی چون محاباتی بودن، مانعی برای موازنه باشد.

در واقع، یکی از مجاری موازنه ارزش، عقود معاوضی است. برخی از نویسندگان، معاوضی بودن را همان معوض بودن می‌دانند (صفایی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۵۰۵؛ ره‌پیک، ۱۳۹۴، ص ۵۵)، ولی برخی دیگر، عقود معوض را به معاوضی و غیرمعاوضی تقسیم می‌کنند. در این میان برخی، مالی و متقابل بودن تعهدات را ارکان معاوضی بودن عقد دانسته‌اند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۲۰۱) و برخی، معلوم و مشخص بودن میزان تعهدات را ملاک معاوضی بودن می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۱، صص ۱۲۸-۱۳۰).

در نظر گروه نخست از دو دیدگاه اخیر، عقود غیرمعاوضی شامل عقود چون نکاح که موجد تعهدات مالی نیستند و همچنین، عقودی که در آن، تقابل عوضین وجود ندارد مانند هبه معوض و عقود مشارکتی، نخواهد بود. در دیدگاه دوم، در مقابل عقود معاوضی، عقود مخاطره‌ای قرار دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۱، صص ۱۲۸-۱۳۰).

با این همه، در عقود معوض غیرمعاوضی در هر دو معنا، طرفین بدون لحاظ موازنه ارزش‌ها عقد را منعقد نمی‌کنند. درست است که در عقود مخاطره‌ای، متعاقدین به استقبال خطر و غرر می‌روند، اما نسبت به تمامی جنبه‌های تعهداتشان که مرتبط با ارزش است، مسامحه نمی‌کنند؛ از این رو است که خیار تدلیس در عقدی چون بیمه^۴ وجود دارد. دارد. از این رو است در خصوص عقد بیمه و همچنین، عقود چون قباله^۵ گفته شده است موازنه به‌طور ظنی برقرار می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، صص ۲۱-۲۲).

افزون بر این، در عقود مشارکتی نیز که ماهیتی احتمالی دارند، طرفین، موازنه ارزش را لحاظ می‌کنند. برای مثال در عقد مضاربه ولو قائل به تقابل دقیق عوضین در آن نباشیم، موارد خدشه در توازن ارزش مانند غبن قابل تصور است. حتی در عقودی که ممکن است از دید برخی مسامحه‌ای تلقی شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۱، صص ۲۱۶)، بنای طرفین همواره بر عدم موازنه ارزش نمی‌باشد. از این رو در عقد جعاله نیز خدشه در اسباب موازنه، قابل تصور است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۱، صص ۲۱۸-۲۱۹) و علی‌رغم جایز بودن، از موجبات ضمان است.

همچنین، هر چند در هبه معوضی که شرط عوض در آن، در تراضی طرفین با

احتساب ارزش عین موهوبه، لحاظ شده است، در صورت عیب عین موهوبه، بعضی از اساتید قائل به حق فسخ و ازش نشده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ح ۵، ص ۲۴۶). باین حال، به نظر می‌رسد صرف نظر از اینکه قرارداد هبه، عقدی مسامحه‌ای و رایگان است، شرط عوض در آن، می‌تواند در مقابل مال موهوب قرار گیرد. در این صورت، موازنه ارزش عوض و موهوب، آشکارا مدنظر طرفین بوده است و از این رو است که برخی نیز ارزش را در فرض عیب عوض، تجویز کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۱۰). به همین قیاس، در عقد رهن نیز از آنجایی که عقد، معوض است، می‌بایست موازنه ارزش برقرار باشد و در صورت عیب عین مرهونه، علی‌رغم جایز بودن عقد از سوی مرتهن، مطالبه ازش ممکن است.

علاوه بر عقود معوض مالی، در ایقاعاتی که در آن، دو تعهد مالی وجود دارد نیز موازنه جاری است. برای مثال در اخذ به شفعه که در آن، شفیع در برابر مبیع، بدل ثمن را به‌عنوان عوض می‌پردازد، موازنه در ارزش لحاظ شده است.^۶ همین‌طور در خُلَع (اگر ماهیت آن عقد معوض تلقی نشود)، خدشه در ارزش فدیسه، غیر قابل پذیرش و در صورت عیب عوض، زوج مستحق ازش است (شهید ثانی، ۱۳۹۱، ج ۱۰، ص ۳۲۶). به‌اضافه، در فسخ عقود معوض نیز موازنه حاکم است و در این فرض، هر یک از طرفین می‌بایست عوضی که دریافت نموده را مسترد نماید و در صورت رخ داد عیب یا تلف، ضامن ازش یا بدل مورد معامله می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص ۸۵-۸۶).

۲. عدول از انحصار فسخ؛ مبانی و موانع

برهم‌خوردن موازنه ارزش، یکی از انحاء نقض قرارداد است؛ نقضی که قانون مدنی ایران به‌تبع نظرات مشهور فقه امامیه، اعطای حق فسخ را ضمانت اجرای اصلی آن، تلقی کرده است. باین حال، ضمانت اجراهایی چون دریافت ازش در خیار عیب^۷، اجرای اجباری در شرط فعل^۸، مطالبه بدل در معامله مال کلی^۹ نیز به‌طور محدود در قانون مدنی پذیرفته شده است. در تلقی فسخ به‌عنوان ضمانت اجرای اولیه، از آن حیث که این نوع از نقض، عقلاً و عرفاً قابل جبران می‌باشد، جای تردید است؛ خصوصاً آنکه در نظام حقوقی ایران، اجرای اجباری عین تعهد، طریق اصلی مقابله با نقض، شناخته می‌شود (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۴۳). با این توضیح، در این مجال، نخست مبانی

اجتناب از فسخ به عنوان یگانه راه حل مقابله با خدشه در موازنه ارزش و سپس، موانع ارائه راهکارهایی در عرض فسخ قرارداد، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱. مبانی

۲-۱-۱. ابقاء قرارداد

اصل ابقاء قرارداد در متون حقوقی داخلی، حاوی این اندیشه است که تا حد امکان، می‌بایست در انتخاب بین انحلال قرارداد و بقای آن، جانب بقاء را گرفت و قرارداد منعقد شده را زنده نگه داشت. در حقوق ایران، دکتر جعفری لنگرودی این نظریه را از ابداعات خود دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ب، ص. ۲۶) و در تشریح عناصر لازم جهت تمسک به اصل ابقاء عقد گفته‌اند: ۱- قرارداد باید با تمامی عناصر عمومی و اختصاصی آن واقع شده باشد. ۲- در خود عقد یا در اجراء آن خللی وارد شده باشد. ۳- ابقاء و اصلاح قرارداد ممکن باشد. ۴- مصلحت اجتماعی در نظام معاملات و عقود به حسب قانون و یا عرف مسلم، اقتضاء ابقاء آن عقد را کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۶۳).

ایشان که مبنای اولیه این اصل را در میل فطری به بقاء و حبّ ذات می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۱)، بر این باور است که انسان از دیرباز به دنبال جاودانگی است و در تقابل میان بقاء و فنا، تداوم موجود در نظر نوع بشر، مرجح است. در عرصه قراردادها نیز سیره عقلاء و عرف می‌پذیرد که قراردادی که با توافق طرفین به منظور دستیابی به منافع مشخصی منعقد شده است، در مواجهه با اختلالات حفظ شود. باین حال، موجبات خدشه می‌بایست برطرف شده و قرارداد مرمت شود. تکیه اصلی این اندیشه در حوزه قرارداد را شاید بتوان منافع ناشی از حفظ قرارداد دانست. به دیگر بیان، اینکه قرارداد در صورت به وجود آمدن هر گونه خدشه در معرض نابودی قرار گیرد، نه اهداف قراردادی متعاقبین و نه مصلحت جامعه در پایداری و استحکام معاملات را محقق می‌سازد و نه رونق تجاری و اقتصادی را به همراه می‌آورد. فسخ قرارداد علی‌رغم آنکه در برخی موارد همان‌طور که از تحلیل‌های اقتصادی مبتنی بر کارآمدی قرارداد و کسب حداکثر سود برمی‌آید، مؤثر به نظر می‌رسد، در نگاهی عمیق‌تر نمی‌تواند منافع فرد و جامعه را به‌طور متعادل تأمین سازد. انعقاد قرارداد، یک

کنش فعالانه است که به دنبال اثبات موقعیت و اهدافی مشخص است و فسخ در مقابل، آثار اثباتی را محو می‌سازد و متعاقبین را به نقطه آغاز بازمی‌گرداند؛ نقطه‌ای که اگر مطلوب بود، منشأ تحرک قراردادی نبود.

افزون بر این سیره، روایات متعددی، مؤید ابقاء قرارداد مخدوش، گرفته شده و قرارداد از اساس، باطل اعلان نگشته است. گویی این مبنا به ضمیمه روایات مؤید آن، مستند قانون-گذار در وضع مواد مختلفی از قوانین موضوعه شده است. قابلیت تنفیذ عقود اکراهی و فضولی (مادتین ۲۰۹ و ۲۴۷ قانون مدنی)، ارش عیب (ماده ۴۲۲ قانون مدنی)، اجرای اجباری شرط فعل (ماده ۲۳۸ قانون مدنی)، عدم تسری بطلان شرط به عقد در همه مصادیق (ماده ۲۳۲ قانون مدنی)، الزام به تسلیم مال کلی دیگر (مواد ۴۱۴، ۴۳۲، ۴۸۷ قانون مدنی)، تبعض صفقه و تقلیل ثمن و اجاره بها در عین ابقاء عقد (مادتین ۴۴۱ و ۴۸۳ قانون مدنی)، سقوط خیار عیب در اجاره در فرض تعمیر و رفع عیب (ماده ۴۷۸ قانون مدنی)، تعویض کالا یا تعمیر و رفع عیب (بند ۳ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده و مواد ۳ و ۴ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو)، اختیار فسخ یا دریافت اضافه حق بیمه برای بیمه‌گر در ماده ۱۳ قانون بیمه در فرض تدلیس غیر عمد، تعمیر عین مستأجره (بندهای ۲ و ۵ ماده ۱۲ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۵۶ و بند ۳ ماده ۶ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۶۲)، عدم اجرای حکم تخلیه در صورت پرداخت اجاره بها (موضوع ارفاق بند ۹ ماده ۱۴ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۵۶) و تعیین اجاره بها توسط دادگاه (ماده ۳ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۶۲) نمونه‌هایی از گرایش قانون‌گذار به پذیرش اصل ابقاء عقد در عین مرمت و اصلاح آن می‌باشد.

در حقوق خارجی نیز از اصل ابقاء عقود با مضمونی نسبتاً مشابه تحت عنوان «اصل به نفع قرارداد»^{۱۱} یاد می‌شود؛ اصلی که بر مبنای آن، تمامی تمهیدات حقوقی می‌بایست در خدمت حفظ و نگهداری قرارداد به کار گرفته شود. به عبارت دیگر، در هر جا که ممکن باشد، می‌بایست راهکاری اتخاذ شود که به نفع بقای معتبر قرارداد در برابر فسخ زودرس آن به ابتکار یکی از طرفین باشد (Keller, 2008, pp. 247, 249).

گفتنی است که آثار پذیرش این اصل در مواد مختلفی از اسناد بین‌المللی چون کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^{۱۱}، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^{۱۲} و اصول اروپایی

حقوق قراردادها^{۱۳} نیز منعکس شده است. در این اسناد، رویکرد حفاظت از قرارداد و تفسیر اعمال طرفین در جهت تحقق و حفظ قرارداد، قابل شناسایی است و آثار پذیرش این اصل در اسناد بین‌المللی مذکور، در دو گروه قابل دسته‌بندی است: گروه نخست، مواردی از اعمال قاعده است که صرفاً در جهت حفظ قرارداد و تلاش برای اثبات انعقاد قرارداد بدون لحاظ موازنه ارزش می‌باشد، مانند استقرار ثمن المثل در فرض عدم توافق طرفین به منظور پیشگیری از بطلان قرارداد موضوع مواد ۵۵ کنوانسیون بیع و همچنین مواد ۷،۱،۵ اصول قراردادهای تجاری و ۶،۱۰۴ اصول اروپایی. همچنین است رویکردی موسع به قبول معتبر موضوع مواد ۱۹،۲،۱،۱۱ و ۲:۲۰۸ این اسناد (به ترتیب پیشین). در نتیجه چنین رویکردی است که گفته شده هر گاه در ایجاد قرارداد در اثر شک نسبت به تراضی، شبهه ایجاد شود، می‌بایست به گونه‌ای تفسیر شود که قرارداد محقق شده باشد (Gavrilovic, 2020, pp. 1-2).

گروه دوم اما قواعدی است که ناظر به بحث حاضر در جهت اعاده موازنه در ارزش است، مانند پذیرش نهاد نقض اساسی در این اسناد به منظور پیش بینی ضمانت اجراهای شدیدتر نسبت به سایر اقسام نقض و اختصاص فسخ به تحقق عنوان نقض اساسی موضوع مواد ۴۹،۷،۳،۱ و ۹:۳۰۱ و ۹:۳۰۴ این اسناد. همچنین، ساز و کارهایی چون تقلیل ثمن در مواد ۵۰،۷،۳،۶ و ۹،۴۰۱، تعمیر، تعویض کالا موضع مواد ۴۶ و ۷،۲،۳ و تعدیل^{۱۴} قرارداد در فرض تعسر ایفاء تعهد و تغییر اوضاع و احوال^{۱۵} موضوع مواد ۶:۱۱۱ و ۷۹،۶،۲،۳ این اسناد، از جمله آثار پذیرش این اصل است. بنابراین، در این اسناد، به صورت آشکار پذیرش فسخ در بسیاری از مصادیق نقض تعهد، ضمانت‌اجرائی سنگین دانسته شده و بازنگری در قرارداد، جایگزین آن شده است (Kornet, 2011, p. 17).

با این توضیح، کاربرد این اصل در بحث حاضر از این جهت است که برهم‌خوردن موازنه در بسیاری از مصادیق، قابل جبران از طریق غیر از فسخ عقد می‌باشد. از این رو، برای نمونه در موردی که مورد معامله معیوب بوده یا فاقد اوصاف فرعی مورد نظر است، می‌توان در جهت پایبندی به اصل ابقاء قرارداد و پرهیز از فسخ آن، از ملزومات اراده متعاقدين، عرف و اصول حقوقی استمداد نمود و طریقی در عرض فسخ یا مقدم بر آن مانند ماده ۴۷۸ قانون مدنی ارائه کرد.

۲-۱-۲. نفی ضرر

یکی از مبانی یا مؤیدات اصلی برخی از خیارات، قاعده لاضرر می‌باشد؛ با این تقریر که حکم لزوم قراردادی که مستلزم اضرار به یکی از متعاقدين است، به موجب این قاعده برداشته می‌شود و در نتیجه حکم ثانویه، قرارداد قابل فسخ می‌شود (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، ص. ۲۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص. ۶۲-۶۳؛ محقق داماد، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۱۴۳-۱۴۴). باین حال، باید توجه داشت که برخی اوقات، محصول اعمال قاعده لاضرر ممکن است مضراتی را در پی داشته باشد؛ یعنی فسخ قرارداد مستلزم ضرر متعاقدين به خصوص ذوالخيار باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، صص. ۱۴-۱۶). در این بند، ضرر ناشی از فسخ قرارداد را در دو قسمت بررسی می‌کنیم:

الف) ذوالخيار ممکن است از فسخ قرارداد زیان کند و بخشی از این زیان، به دلیل محرومیت از مورد معامله است که علی‌رغم آنکه در اثر وجود یک اختلال، موازنه در عوضین به هم خورده، لکن حفظ کلیت آن برای متعهدله، واجد نفع است. در مواردی که به علت تخلف، امتناع یا فساد شرط، تخلف از وصف، برهم خوردن تعادل اقتصادی در ارزش عوضین، دروغ و کذب بایع در بیع مرابحه و... حق فسخ ایجاد می‌شود، نمی‌توان ادعا کرد که خدشه در موازنه، علی‌رغم اهمیت آن، تمامی مطلوبیت و منفعت متوقع از قرارداد را برای متعهدله ذوالخيار از بین می‌برد؛ بلکه ممکن است علی‌رغم تخلف، عین مبیع برای مشتری مطلوب باشد؛ به خصوص آنکه در شرایط اقتصادی عصر حاضر، فسخ قرارداد و بازگشت به وضعیت حین العقد، حداقل برای یکی از طرفین (معمولاً متعهد به پرداخت عوض) زیان‌بار است. در این صورت، اعطای این اختیار به او که یا قرارداد را فسخ کند و عوض یا معوض خود را دریافت کند و یا قرارداد را ابقاء کند و ضرر ناشی از عدم موازنه ارزش را متحمل شود، موجب اضرار و تحمیل احد الضررين است؛ در حالی که ذوالخيار به قرارداد پایبند بوده و تخلفی نکرده است.

افزون بر این، غرض متعاقدين از انعقاد قرارداد، نیل به موضوع تعهد طرف مقابل است؛ تخلف از این غرض تنها در صورتی مجاز است که هیچ راه دیگری برای دفع ضرر از متضرر نباشد، و اِلّا تجویز فسخ، نقض غرض قرارداد است. از این رو، اگر ضرر ناشی از برهم خوردن موازنه ارزش جبران نشود و در عین حال، متضرر فقط بتواند

عقد را فسخ کند (که آن هم مستلزم زیان است)، نه قرارداد و نه لاضرر به هدف خود نرسیده و ضرر ادامه خواهد داشت. برای نمونه، در عقد بیعی مشتری بدون رؤیت و به صرف توصیف بایع، باغی با موقعیت مناسب و خاک حاصلخیز متصف به دو هزار درخت گردو ابتیاع می‌کند. بعد از انعقاد قرارداد و تسلیم، مشخص می‌شود باغ دارای هزار و پانصد درخت است. در این صورت، بدیهی است که تخلف از وصف، منجر به ضرر مشتری است و او می‌تواند با فسخ عقد، ثمن خود را دریافت نماید.^{۱۶} لکن از آن بدیهی‌تر این است که ضرر ناشی از فسخ بیع باغی با این اوصاف به علت نقصان پانصد درخت، برای مشتری آن هم در مورد مبیعی قیمی که اشباه و نظائر آن یافت نخواهد شد، بیشتر از زیان حفظ باغ موصوف است.

ب) جدای از زیان ناشی از محرومیت از عین مورد معامله، خسارات دیگری در اثر انحلال قرارداد به طرفین وارد می‌شود. توضیح آنکه بر مبنای رویکرد اقتصادی، انجام معامله هزینه‌هایی را به طرفین تحمیل می‌کند و در این میان، فسخ قرارداد هزینه‌های وارده را عبث و بیهوده می‌سازد. توضیح آنکه هزینه‌های معامله را می‌توان به دو دسته هزینه‌های مستقیم ناشی از انجام معامله و هزینه‌های غیرمستقیم تقسیم کرد. هزینه‌های مستقیم شامل مواردی چون صرف وقت برای یافتن طرف معامله و مذاکره برای رسیدن به توافق و همچنین، هزینه‌های تنظیم قرارداد (رضایی استخرویه و اسفندیاری مهنی، ۱۳۹۴، ص. ۲۹۷)، ساخت و تهیه، حمل و تسلیم آن و... می‌باشد. هزینه‌های غیرمستقیم نیز شامل مواردی است که بدون واسطه، معلول قرارداد نبوده، ولی انعقاد قرارداد و سپس فسخ، آن را به طرفین تحمیل می‌نماید. برای مثال، محرومیت از انجام معاملات دیگر و همچنین، اختلال در ایفای تعهدات طرفین نسبت به اشخاص ثالث (حسینی مدرس و گلشنی، ۱۳۹۲، ص. ۳۰) به سبب محرومیت ایشان از عوضین قرارداد فسخ شده، از این دست خسارات محسوب می‌شوند.

البته به نظر می‌رسد مفاد قاعده لاضرر و قلمرو آن، تحمل این حجم از خسارات ناشی از فسخ را ندارد. از این رو اگر مبنای اصلی یا یکی از مبانی فسخ قرارداد در صورت برهم خوردن موازنه ارزش، لاضرر باشد، خود لاضرر از سوی دیگر علیه فسخ قرارداد، قابل جریان است. از این منظر اگر توان قاعده لاضرر را صرفاً در نفی احکام

ضرری خلاصه نماییم، دو قاعده لاضرر با یکدیگر تعارض نموده و در صورت عدم رجحان، تساقط می‌کنند. اما اگر لاضرر را صرفاً نافی احکام ضرری ندانیم و بر مبنای مستندات عقلی، این قاعده را مثبت حکم بدانیم (محقق داماد، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۱۶۰-۱۶۱) استخدام قاعده لاضرر در مواضع برهم خوردن موازنه ارزش‌ها می‌تواند از نفی ضرر ناشی از فسخ و ضرر ناشی از لزوم، حکمی جدید بر جبران ضرر را از طریق غرامت اعم از عین، مثل یا قیمت اثبات نماید.

۲-۲. موانع

۲-۲-۱. عدم تقابل شرط و وصف با عوض

در میان فقهای امامیه، در خصوص آنکه وصف و شرط چه جایگاهی در قرارداد دارند، اختلاف نظر وجود دارد. بر مبنای دو اصطلاح «الواصف لاتقابل بالاعواض» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص. ۱۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص. ۱۲۵) و «ان الشروط لا یوزع علیها الثمن» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۲۳؛ شهید اول، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۱۶) که برخی از نویسندگان در اعتبار آنها تردید کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، صص. ۱۷۹، ۱۸۶)، شرط و وصف در عقود معوض بخشی از عوض را به خود اختصاص نمی‌دهند. در توجیه این نگرش گفته شده است که عوض در مقابل اجزاء معوض یعنی ذات معوض قرار می‌گیرد. در مقابل، گروهی از فقیهان، برای وصف و شرط، سهمی در ثمن قائل شده «للو وصف قسط من الثمن» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۸۴) و «ان للشرط قسطاً من الثمن» (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص. ۲۸۳) و در صورت تخلف از شرط یا وصف و تعذر شرط، کاستن از ثمن را تحت عنوان ارزش ممکن می‌دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۴۲؛ سبحانی، ۱۴۲۳ق، ص. ۸۱).

در مقام امعان نظر راجع به ارتباط این دو مؤثوره، گروهی از فقیهان جانب یکی از دو عبارت را گرفته و وفق آن حکم داده‌اند. برخی دیگر اما میان این دو، جمع نموده‌اند. مطالعه طرق جمع بین این دو قاعده، رساله‌ای جداگانه می‌طلبد؛ کما اینکه پیشینیان بدان پرداخته‌اند (نریمانی زمان‌آبادی و فخلعی، ۱۳۹۴، صص. ۳۲-۳۳) و البته، در بحث حاضر آنچه مورد نظر است، ارزیابی دو مؤثوره نخست و نقد نتیجه احتمالی آن است که «چون شرط و وصف در مقابل عوض نیستند، در مواردی که تخلفی از شرط یا وصف

رخ می‌دهد، تنها راهکار مشروطه یا موصوفه، فسخ قرارداد یا بقاء عقد با موازنه مخدوش است، زیرا ارزشی از عوض در مقابل وصف یا شرط واقع نشده که در نتیجه تخلف مسترد گردد».

به نظر ما، این دو قاعده (تقابل و عدم تقابل) با یکدیگر قابل جمع و با عدول از انحصار فسخ در تعارض نیستند، بلکه در خدمت آن خواهد بود. توضیح آنکه شرط یا وصف در مقابل جزئی از ثمن نیست و ثمن بر آن توزیع نمی‌شود. لکن این بدین معنا نیست که برخی از شروط یا صفات در ارزش مورد معامله بی‌تأثیر باشند. به عبارت دیگر، بسیاری از اوصاف و شروط باعث زیادت ارزش و ثمن خواهند بود، لکن در انشاء عقد، از آنجایی که ثمن و عوض در برابر اجزاء ذات مبیع و معوض هستند، شروط و صفات در مقابل ثمن محاسبه نمی‌شود (نجفی خوانساری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۹۸). برای مثال، مشتری نمی‌گوید نود میلیون را برای خود آپارتمان می‌دهم و ده میلیون ثمن را برای کاغذ دیواری موصوف، بلکه تمام صد میلیون برای تمام آپارتمان است. باید توجه داشت که در این مثال، عوض برای معوض موصوف یا مشروط پرداخت شده است و در محاسبه موازنه ارزش در نزد طرفین، شرط و وصف، نقش داشته و آن را افزوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۸۴). در حقیقت، در هر جزء معوض، تأثیر ارزش شرط یا وصف، توزیع شده و جزء جزء معوض با آن وصف یا شرط لحاظ شده است.

به باور ما، مقتضای این نوع جمع آن است که: نخست، در صورت تخلف از آن دو، عقد تجزیه نمی‌شود، تبعض صفتی رخ نمی‌دهد و چون جزئی از معوض نبوده، موجب جهل به عوضین نبوده و تخلف از آن، منجر به بطلان کل قرارداد نمی‌شود. دوم، در صورت تخلف، غرامت (ارش) وصف یا شرط لازم نیست از ثمن یا عوض پرداخت شود؛ چرا که این دو در مقابل عوض محسوب نشده و می‌تواند از خارج پرداخت شود. از همین رو گفته شده، حتی در صورت شخصی بودن ثمن، پرداخت ارش از محل عین ثمن متعین نبوده، بلکه می‌تواند از نقدین یعنی طلا و نقره پرداخت شود؛ و اینکه در روایت گفته شده «از ثمن به مقدار عیب کاسته می‌شود»، ناظر به غالبی بودن وصول ثمن از نقدین است و الفاظ روایت بر موردی که ثمن کلی فی‌الذمه بر ذمه مشتری بوده است، حمل می‌شود (انصاری، ۱۳۹۵، ج ۱۰، صص. ۷۹-۸۰). می‌بایست توجه داشت

که در مقابل، برخی صاحب‌نظران، ارزش مصطلح را بخشی از عوض دانسته‌اند که می‌بایست مسترد شود، لکن از نظر ایشان نیز پرداخت مابه‌التفاوت شرط در قالب چیزی مشابه ارزش که عوض نبوده بلکه در حکم آن است، ممکن می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۳۳۲). سوم، ارزش شرط و وصف مورد تخلف، بر مبنای نسبت آن در عوض خواهد بود، نه ارزش بازاری آن؛ زیرا این دو، داخل در ثمن محاسبه شده‌اند.

بر این بنیاد، اگر شرط یا وصفی در ارزش دخیل باشد، بنابر مقتضای اول، عقد باطل نبوده؛ چون جزء معوض نمی‌باشد. این تعبیر، مطابق با قاعده ابقاء عقود و پرهیز از بطلان کلی یا جزئی قرارداد می‌باشد. افزون بر این، چون مابه‌التفاوت فرض ایفاء شرط و وصف و تخلف از آن، به‌عنوان ارزش قابل پرداخت است، عدم فسخ، ضرری را برای متعهدله به همراه ندارد و از این رو، هدف ابقاء عقد تضمین می‌شود. این تقریر همچنین با قاعده منع دارا شدن بلاجهت نیز سازگار است؛ به این صورت که بر وفق این قاعده که یکی از مستندات آن در فقه اسلامی را می‌توان صدر و ذیل آیه تراضی^{۱۷} دانست، تملک و انتفاع از اموال اشخاص، مورد نهی قرار گرفته است، مگر آنکه در اصطلاح، اکل مال ناشی از تراضی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، الف، ج ۲، ص. ۳۹۱). در فرض حاضر نیز در صورت تخلف از شرط یا وصف، تراضی مدنظر متعاقدين (که در قالب سه اصل موازنه تجلی یافته)، مخدوش می‌شود. بنابراین وصول کامل عوض که وصف یا شرط متخلف عنه مؤثر در زیاده آن بوده، نسبت به آن زیاده، اکل مال به باطل محسوب شده و منهی است و پیش‌بینی امکان فسخ قرارداد و عدم فسخ از سوی ذوالخیار به‌خودی‌خود مستلزم حصول تراضی و یا رضایت وی به این دارا شدن (نسبت به مابه‌التفاوت) نمی‌باشد.

۲-۲-۲. عدم حمایت فقهی - قانونی

قانون مدنی به‌عنوان قانون مادر در حوزه قراردادها، بیشترین بها را به فسخ داده است؛ با این وصف، از نقطه نظر قانون مدنی، مهم‌ترین مانع برای عدول از انحصار فسخ، سکوت قانون‌گذار است. باین حال، باید توجه داشت که مقنن در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی امکان توسل به طرق دیگر را منع نکرده است؛ افزون بر آنکه قانون‌گذار در قوانین خاص، در مواضع خدشه در موازنه، تسلیم انحصار فسخ نبوده است.^{۱۸} از این رو،

چه بسا بتوان علت سکوت قانون‌گذار را در منابع فقهی قانون مدنی جستجو نمود؛ چرا که در منابع فقهی، فسخ قوی‌ترین ضمانت اجرای برهم‌خوردن تعادل و توازن ارزش‌هاست. در این مجال از نوشتار، ابتدا به طرح مهمترین علل انحصار فسخ و سپس، به استدلال در جهت رفع آن خواهیم پرداخت.

الف) ارش، خلاف قاعده است و تنها به جهات منصوص، پذیرفته شده و اصل نیز برائت ذمه از ارش است. مهم‌ترین مستند ارش را فقهاء عظام، اخبار مربوط به خیار عیب دانسته‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۸، ص ۳۰) به طوری که نصوص مذکور را مخصّص قاعده عام عدم تقابل اوصاف (در این فرض، وصف صحت) با اعواض می‌دانند. در نتیجه، برخی برای وصف صحت قائل به جزئیت شده و ارش را برای آن ممکن می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۳۶۳، ج ۲۳، صص ۲۳۶-۲۳۷) و در این اخبار، ارش در فرضی برای عیب قابل مطالبه است که امکان رد مبیع و فسخ وجود نداشته باشد. مشهور فقهاء لکن این تفسیر از روایات خیار عیب را نپذیرفته و مستنداً به اجماع، قائل به ارش در عرض فسخ شده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۲۵۸). بنابراین، این استدلال که ارش خلاف قاعده است و تنها در مورد روایت، قابل مطالبه است و اصل نیز برائت ذمه نسبت به ارش می‌باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۶، ص ۴۲۷)، از هر سه جهت خدشه‌پذیر است.

به باور ما، از یک‌سو، ارش بنابر ماهیت ارائه شده، از ثمن نبوده و غرامتی مجزاست (انصاری، ۱۳۹۵، ج ۱۰، ص ۷۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۲۶۳). بنابراین در تقابل با قاعده «الاصاف لایقابل بالاعواض» نمی‌باشد. از سوی دیگر، روایت مؤید ارش عیب، در حدود ظاهر خود تفسیر نمی‌شود بلکه به دلیل خارجی اجماع (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، ص ۴۳۰) در عرض حق فسخ قرار گرفته است. از همین رو برخی از فقیهان، ارش را فی‌الجمله امری عقلایی دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۲۶).

افزون بر این، مجرای اصل عملی برائت جایی است که شک در اصل مکلف به وجود دارد؛ حال آنکه بر مبنای تراضی متعاقدین، طرفین با لحاظ وصف، شرط و... در ارزش مورد معامله نسبت یکدیگر تعهد کرده‌اند. بنابراین، هر گاه در خصوص تکلیف بایع نسبت به شرط یا وصف متخلف‌عنه و بدل آن شک شود، با شبهه بدویه

مواجه نیستیم تا اصل برائت جاری شود؛ زیرا اصل تکلیف، محرز است. همچنین، موضوع از قبیل دوران امر بین اقل و اکثر استقلالی نیست که قائل به علم تفصیلی نسبت به اقل (تعهد به عین) و قائل به برائت نسبت به اکثر (بدل) شویم؛ بلکه یک مکلف به (وجوب شرط یا وصف) به عهده متعهد وجود دارد که در صورت تعذر یا تخلف، برای آن، بدل طولی وجود دارد که همان مثل یا قیمت است.

در نتیجه، مانع فقهی برای تعمیم ارزش به سایر خيارات وجود ندارد؛ چون ارزش نه بر خلاف اصل است و نه منشأ آن در عیب، صرف روایت است؛ بلکه مبنای ارزش، سیره عقلاء نسبت به بقاء عقد است و این سیره تنها اختصاص به خيار عیب ندارد. افزون بر این، مورد مخصص نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص. ۲۴۹)؛ بدین معنا که ورود روایت راجع به عیب مانع از تسری آن به سایر خيارات نخواهد بود و چون ما اثبات کردیم که ارزش، خلاف قاعده نیست، بنابراین اکتفاء به قدر متیقن، بی‌دلیل است؛ به علاوه، از ملاحظه نظرات فقهای امامیه اجماع یا ادعای اجماعی بر اختصاص ارزش به خيار عیب به دست نمی‌آید؛ البته، شهرت این نظر که ارزش مختص به خيار عیب است غیرقابل انکار است؛ لکن در مقابل این شهرت، از نقطه نظر اصولی می‌توان پاسخ داد که حداقل مشهور اصولیون شهرت فتوایی را حجت نمی‌دانند (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۳۹۴؛ مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۱۴۶). در نتیجه نمی‌توان قائل به استنباط حکم شرعی بر مبنای وجود شهرت بر اختصاص ارزش به خيار عیب شد.

ب) تفسیر مضیق از عین مورد معامله. محدود دانستن مورد معامله به مصداق خارجی مبیع در عین معین یا مصداق تعیین شده سبب می‌شود، در صورت تخلف نسبت به اوصاف یا شروط مقرر، عملاً امکان ایفای تعهد منتفی شده و قرارداد در معرض انحلال قرار گیرد. این رویکرد منتج به احکامی می‌شود که ذیلاً بدان اشاره می‌شود.

مشهور فقهاء در فرض تخلف از وصف، در معامله بر عین معین، بذل مابه‌التفاوت و یا تعویض کالا را مانع سقوط خيار ندانسته‌اند (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، ص. ۴۱۰). علاوه بر این در جایی که مبیع، مال متساوی الاجزاء (به صورت عین معین) یا مختلف الاجزاء باشد و از شرط مقدار تخلف شود، مشهور فقیهان تنها قائل به تخییر بین فسخ قرارداد و یا امساک عقد و مطالبه زیاده ثمن شده‌اند و حقی برای مطالبه مابقی مبیع

موصوف قائل نمی‌شوند. در دو فرض پیش گفته، مبنای مشهور آن است که عقد بر روی عین معین واقع شده و دادن عین دیگر، خارج از تراضی متعاقدین بوده و نیاز به معاوضه جدید دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص. ۱۷۴-۱۷۵).

در رابطه با موضوع اخیر، روایت عمر بن حنظله از حضرت صادق (علیه‌السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۸، ص. ۲۸) مبنای تخییر مشتری بین فسخ و امساک با دریافت مابه‌التفاوت است. در این روایت، معصوم (علیه‌السلام) در مورد بیع زمینی است که قرار بوده ده جریب باشد ولی بعد از بیع و اندازه‌گیری پنج جریب درآمده، دو اختیار را به مشتری می‌دهد: ۱- مطالبه اضافه ثمن پرداختی از بایع، ۲- فسخ عقد و استرداد کل ثمن. در ادامه ایشان می‌فرماید: در صورتی که بایع زمینی در اطراف آن داشت، می‌بایست از آن به مشتری بدهد و عقد لازم خواهد بود.

در مقام عمل به روایت، مشهور فقیهان به صدر روایت عمل کرده و ذیل روایت را رد نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۸۶). در این میان، برخی ذیل روایت را نیز معتبر دانسته و بدان عمل کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۴۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، ص. ۲۸۷؛ مامقانی، ۱۳۵۰، ص. ۱۷۷). شیخ انصاری در اشکال به نظر اشخاصی که ذیل روایت (دادن زمین اضافه) را پذیرفته‌اند، می‌فرماید زمین از اموال مثلی نیست که مثل آن داده شود و نسبت به مقدار کاستی (پنج جریب) از ابتداء معاوضه‌ای واقع نشده تا الان بایع ضامن باشد و بخواهد مثلش را به جای قیمتش بدهد. ایشان در مورد عمل به صدر روایت نیز می‌فرماید: اگر هم ذیل روایت منطبق با قواعد نبوده و ظاهر آن مخالف اجماع باشد، ترک ذیل، مسقط قابلیت استدلال به صدر آن نخواهد بود» (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، صص. ۴۱۰-۴۱۱).

در مقام قضاوت در خصوص نزاع، به نظر می‌رسد روایت در مقام بیان حکم در صورت تخلف از شرط مقدار است (که البته از حیث نتیجه، قابل تسری به سایر تخلفات نیز می‌باشد) و در این مقام، نمی‌توان روایت قوی‌السند و تمام‌الدلاله (مامقانی، ۱۳۵۰، ص. ۱۷۷) را طرد و تجزیه نمود و به برخی از آن عمل کرد و برخی از آن را ترک کرد؛ زیرا:

اولاً. اجماعی مخالف با ذیل روایت دیده نمی‌شود. توضیح آنکه در مقابل ایده عدول از انحصار فسخ، اجماعی وجود ندارد جز در همین فرض؛ یعنی اجماع بر تحقق تراضی

بر عین معینی که قابل تسری بر سایر اعیان نباشد. به علاوه، در اجماع منقول از شیخ انصاری در بحث حاضر، تردید وجود دارد؛ تردیدی جدی با این منشأ که مبنای اجماع نمی‌تواند حس باشد؛ زیرا در عصر غیبت، امام به صورت شناخته شده در میان مُجموعین حضور ندارد. همچنین، دلیل حجیت این اجماع نمی‌تواند لطف باشد؛ زیرا شیخ طوسی از متقدمین و علامه حلی از متأخرین، با آن مخالف هستند و خبر واحد مخالف نیز ضرورت لطف را از بین می‌برد. مضافاً، مبنای این اجماع نیز نمی‌تواند حدس از کشف رأی معصوم باشد؛ زیرا به نظر می‌رسد مبنای این نظر و حدس به انتساب آن به معصوم (علیه السلام) از مقدمات نظری و اجتهادی حاصل شده است که نمی‌تواند حجت باشد (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، صص. ۳۱۲-۳۱۳، ۳۲۴).

ثانیاً، منشا این تصور که اعیان دیگر، خارج از توافق طرفین می‌باشد، کجاست؟ طرفین بر بیع ده جریب زمین توافق کرده‌اند و حال، بیع از یک سو واجد شرط مقدار است و از سوی دیگر، حاوی اشاره‌ای به عین معین است. چه دلیلی برای تقدم اشاره بر شرط وجود دارد که ما قائل شویم چون مشارالیه، زمینی است که پنج جریب است، پس پنج جریب دیگر خارج از معاوضه است؟ به خصوص آنکه روایت اگر نگوییم نص، لاقلاً ظهور در لزوم جبران نقصان مبیع دارد.

از این رو، به باور ما، صدر و ذیل روایت فوق قابل پذیرش است؛ باوری که توالی زیر از آن، حاصل می‌شود: نخست، شرط تخلف از مقدار در اموال مثلی، به طریق اولی مشمول ذیل روایت می‌شود. به عنوان نمونه، در بیع کیسه گندم معینی که به جای صد کیلوگرم، نود کیلوگرم باشد، مشتری به طریق اولی مستحق ده کیلوگرم گندم مازاد است. دوم، در خصوص خیار تخلف از وصف، گفته شد که نظر مشهور، عدم سقوط خیار بر اثر پرداخت مابه‌التفاوت یا تعویض کالا است. لکن مشهور راجع به امکان مطالبه تعویض یا مابه‌التفاوت بحثی نکرده‌اند. در این خصوص، گفتیم که از یک سو، مجرای اصل براءت نمی‌باشد و لذا با لحاظ استدلال راجع به ارش، مطالبه مابه‌التفاوت ممکن است. راجع به مطالبه بدل کالا نیز قدر متیقن آن است در صورتی که مورد معامله مثلی باشد، بنابر ذیل روایت عمر بن حنظله این امکان وجود خواهد داشت.

در مقام جمع‌بندی باید یادآوری کرد همان‌طور که در ابتدای این نوشتار بدان

پرداختیم، نظریات مختلفی راجع به قلمرو عوضین ارائه شده است؛ نظریات مشهور بر این مبنا استوار شده است که مورد معامله صرفاً عینی است کلی یا معین، لکن بر مبنای تحلیل اقتصادی، مورد معامله مصداقی از موقعیت و مطلوب قراردادی است که بنا بر غلبه، موضوع تعهد طرفین واقع می‌شود؛ حال آنکه عین تسلیم شده چه به صورت معین و چه کلی، در جریان معامله موضوعیت ندارد (رضایی استخریویه و اسفندیاری مهنی، ۱۳۹۴، صص. ۳۰۲ و ۳۰۳) مگر در فرض نادری که مورد معامله عین معین قیمی بوده و افزون بر این واجد خصیصه‌ای است که آن را به طور غیرقابل اغماض از سایر اعیان متمایز می‌سازد؛ مانند اموال عتیقه. این تلقی از مورد معامله سبب می‌شود، ضمانت اجرای اجباری عین تعهد با بن بست مواجه نشده و کارایی خود را باز بیاید؛ زیرا عین تعهد محصور در مصداق خارجی مورد توافق یا تسلیم نخواهد بود.

۳. مداخله قضائی در موازنه و ابزارهای آن

در فرض اختلال موازنه به علت دگرگونی بنیادین اوضاع و احوال دو نظر ارائه شده است: یک نظر به دنبال تعدیل قرارداد و حفظ آن و نظر دیگر در پی خاتمه قرارداد و انحلال آن (باستانی نامقی و پارسا پور، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۳) در این صورت، مشهور نویسندگان، جانب تعدیل قرارداد را گرفته و بر حفظ قرارداد تأکید کرده‌اند (صفایی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۱۷۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۷۹). لکن در فرض حاضر که خدشه موازنه در شرایطی مشابه با اوضاع و احوال حین انعقاد، رخ داده است، پیشنهاد غالب نظریه پردازان، خاتمه قرارداد است. در صورت عدم توافق مجدد طرفین و اقامه دعوی، در وضعیت فعلی قوانین حاکم، دادگاه برای اعاده موازنه مخدوش، دو روش را می‌تواند به کار گیرد: نخست، تفسیر قرارداد و مراجعه به اراده متعاقدین و دوم، مراجعه به اصول حقوقی.

۳-۱. تفسیر قرارداد

گاه ممکن است طرفین در قرارداد به صراحت توافقاتی راجع به صور خدشه در موازنه انجام دهند. برای مثال، بایع از عیوب مبیع تبری جوید و یا خیار غبن، اسقاط شود. در این صورت، قاضی نیازمند تفسیر قرارداد نبوده و در صورت اقامه دعوی راجع به

مطالبه ارزش یا مابه‌التفاوت ثمن و قیمت، وفق توافق طرفین رسیدگی کرده و حکم صادر می‌کند. با وجود این، عمدتاً طرفین راجع به اسباب اختلال در موازنه ارزش، از پیش توافق نمی‌کنند. در این صورت است که بعد از تحقق اختلاف و رجوع به محکمه، دادگاه می‌بایست اقدام به تفسیر قرارداد نماید. در این فرض ممکن است به‌طور ضمنی در قرارداد طرفین، شروطی وجود داشته که گرچه درج نشده است، لکن از مذاکرات طرفین یا عادات معاملاتی طرفین، قابل استنباط باشد. برای مثال، در رویه معاملاتی طرفین، رفع عیوب مبیع بر عهده بائع بوده و در معاملات قبلی، بائع، خود مبادرت به تعمیر کالا می‌نموده است. در این صورت نیز قضایی با مشکلی مواجه نیست.

فرض دیگر در جایی است که طرفین صریحاً یا متبانیاً توافقی راجع به حالت برهم خوردن موازنه نداشته باشند. در این صورت، قضایی می‌تواند به وسیله تفسیر شروط ارتكازی یا ضمنی عرفی در قرارداد به راه‌حل برسد. ارتكازیات، اموری هستند که در فطرت آدمی پایگاه دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص. ۵۲) و منظور از ارتكازیات توافق طرفین، آن شروطی است که طرفین بدون آنکه صریحاً یا ضمناً در قرارداد خود بدان اشاره کرده باشند و یا از رویه معاملاتی آنان قابل استنباط باشد، در ذهن طرفین رسوخ کرده و آن را از بدیهیات و مسلمات معامله خود دانسته باشند. با این وصف، تفاوت شروط ارتكازی با شروط ضمنی عرفی، در پشتوانه آن است به این نحو که شروط اول می‌بایست در ذهن طرفین وجود داشته باشد، لکن شروط دوم ولو طرفین بدان جاهل باشند، به سبب دلالت و انصراف الفاظ توافق بر عرف رایج، قابل استناد است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، صص. ۲۸۳-۲۸۴).

دادرس در مراجعه به ارتكازیات طرفین، به‌منظور اعمال موازنه قضایی موردنظر که حال با اقامه دعوا رسمیت یافته و احتمالاً به سبب عدم رعایت فوریت در اعمال خیار، تنها راهکار موجود است، می‌بایست دو امر را احراز نماید: نخست، شرط ارتكازی طرفین نسبت به لزوم برقراری موازنه ارزش در تعهدات و دوم، شرط ارتكازی نسبت به ترجیح ابقاء قرارداد و بازگرداندن موازنه به طریقی غیر از فسخ. احراز مورد نخست با مشکل چندانی مواجه نیست؛ زیرا اساساً وقتی طرفین، دو عوض متقابل را در قبال یکدیگر می‌پذیرند، در اعماق ذهن آنها، این دو نامتعادل نیستند، بلکه تعهد هر یک،

بهای تعهد دیگری است ولو آنکه آنها هرگز به برهم خوردن موازنه بر اثر تخلف از اجل یا شرط صفت یا... فکر نکرده باشند. احراز امر دوم اما در ذهن طرفین دشوار است. همان‌طور که گفته شد، ابقاء، ریشه در فطرت آدمی دارد و بنای عقلاء آن را تأیید می‌نماید. لکن با توجه به شیوع فسخ در معاملات و تمرکز قانون‌گذار بر اعطای فسخ و سکوت او نسبت به طرق دیگر، بعید است که با رویکردی منصفانه بتوان ضرورت ابقاء قرارداد را به اراده افراد (به‌خصوص اصل ابقاء ریشه در اصالت اجتماع دارد)، مستند ساخت. در این راه، در صورت وجود عرف مسلم، شرط ضمنی عرفی، می‌تواند بر مقررات تکمیلی خیارات (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص. ۵۹) پیشی گیرد. برای مثال، در معامله کالایی خاص با وصف معین که دارای ارزش است، عرف در صورت تخلف از صفت، مبلغی را برای غرامت لازم الاداء بداند.

۳-۲. مراجعه به اصول حقوقی

به‌موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه‌ها موظفند... در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده... یا اصلاً قانونی در قضیه مطروح وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...». بنابراین در صورتی که دعویایی طرح شود که در آن، مشتری به سبب تخلف از وصف یا عدم تعادل عوضین، متقاضی پرداخت مابه‌التفاوت باشد (به‌ویژه آنکه خیار فسخ به سبب تراخی ساقط شده باشد)، قاضی با سکوت قانون‌گذار مواجه است و با نگاهی به ماده ۴۲۱ قانون مدنی متوجه می‌شود که هر چند مشخصاً پرداخت مابه‌التفاوت، موجب سقوط خیار نخواهد بود، لکن این قانون در خصوص امکان مطالبه مابه‌التفاوت از سوی مغبون یا موصوفله، ساکت است. در این صورت است که قاضی می‌تواند به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر یا اصول حقوقی با قید مذکور مراجعه کند.

در خصوص اینکه آیا میان این سه منبع تقدم و تأخر وجود دارد، اختلاف نظر می‌باشد (جغتایی؛ نصیران نجف‌آبادی و عباسیان، ۱۳۹۸، صص. ۲۸۴-۲۸۹). با این حال، هر چند تلقی این سه منبع در عرض یکدیگر، موجه‌تر می‌باشد، مراجعه به اصول حقوقی در بحث حاضر، برای قضات و سیستم قضائی، منطقی‌تر و جهت‌پرهیز از

تشتت آراء، مرجح است؛ چرا که در مسئله حاضر، ادله اربعه مؤثر در مقام نبوده (به خصوص دیدیم که اجماعی وجود ندارد) و در میان فتاوی فقیهان نیز اختلاف نظر وجود دارد. به راستی آیا شخصی می تواند ادعا کند که تنها فتوایی معتبر است که تخلف از وصف یا شرط را مستحق غرامت نمی داند؟ (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۳، صص. ۹۴-۹۵؛ خوانساری، بی تا، ج ۳، ص. ۱۲۵) یا بالعکس (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۱۸۳؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص. ۴۲۶).

لذا به نظر می رسد قاضی باید حکم قضیه را با عنایت به اصول حقوقی استنباط نماید. در مسئله خدشه در موازنه ارزش ها، چند اصل حقوقی مهم که پیش تر عدم تغییر بلکه تناسب آن با موازین شرعی احراز گردید، قابلیت جریان دارد. اصل نخست، اصل موازنه ارزش است که از ابتدای توافق تا مرحله اجرای قرارداد، لازم التبعیت است. اصول دیگر نیز اصل ابقاء عقد، اصل لاضرر، اصل منع دارا شدن بلاجهت مستنبط از آیه تراضی، اصل تقدم اجرای اجباری عین تعهد بر فسخ و مطالبه خسارت می باشد. با این تجویز، در خصوص اینکه دادرس می بایست در مقام اعاده توازن چه کند، پیش بینی نسخه ای واحد غیر ممکن است؛ زیرا همان طور که گفته شد، ملاک موازنه در هر قرارداد، شخصی بوده و گستره تعهدات طرفین با لحاظ شرایط و اوضاع و احوال حاکم، منتهی به صورتی از توازن می گردد. باین حال، در دسته بندی طرق موازنه قضایی باید توجه داشت که اجرای عینی تعهد بر دادن بدل، اعم از مثل یا قیمت مقدم است؛ زیرا عین تعهد، مطلوب شخصی طرفین از قرارداد را محقق می سازد و بر عکس، اعطاء بدل غالباً مطلوبیت نوعی را به ارمغان می آورد. بر این مبنا، در فرض وجود عیب، تعمیر کالای معیب (همان گونه که در پاره ای از قوانین نیز پذیرفته شده است) یا تعویض کالای معیب و یا فاقد وصف یا شرط و تسلیم کالای منطبق با توافق (ولو مورد عین معین باشد) بر دادن ارزش به عنوان بدل، مقدم است. در همین راستا، می توان از ملاک ماده ۴۷۸ قانون مدنی در اجاره بهره برد و حتی قائل به ایجاد حق برای متعهدله نسبت به رفع عیب در عرض یا مقدم بر فسخ شد. به طور کلی، به عنوان یک ضابطه می توان امکان جایگزینی موضوع تعهد را در مصداق منطبق در تمامی صورتی که کالا قیمتی نباشد، پذیرفت. در موردی که موضوع تعهد قیمتی باشد، نیز به نظر می رسد با نظر به

ذیل روایت عمر بن حنظله (در مورد اراضی مجاور) در صورتی که برای متعهد عرفاً امکان‌پذیر باشد، اجراء عینی تعهد مقدم خواهد بود و آلاً، پرداخت مابه‌التفاوت آن‌گونه که در ماده ۱۴۹ قانون ثبت و ماده ۷ قانون پیش فروش ساختمان مقرر شده، مقدم خواهد بود. در سایر موارد مانند تدلیس، تخلف، تعذر یا فساد شرط، تخلف از وصف، کذب، تأخیر ثمن و تعذر تسلیم (عدم رعایت اجل)... به نظر می‌رسد پرداخت غرامت برای بازگرداندن موازنه، موجه باشد.

نتیجه‌گیری

موازنه ارزش عوضین، محصول تراضی متعاقدين در عقود معوض مالی است. موازنه در صورتی محقق می‌شود که تمامی اجزای تعهدات مالی مؤثر در ارزش، به‌نحو صحیح به اجراء در آید. راهکار اصلی نظام حقوقی ایران به تبع فقه امامیه در مواجهه با برهم‌خوردن موازنه، اعطای حق فسخ به طرف متضرر است. فسخ، ابزار رفع زیان در معاملات است. در صورتی که مغبون یا مدلس و... نتواند قرارداد را منحل سازد، لزوم عقد برای وی ضرری خواهد بود. با این حال، باید توجه داشت که در فرض برهم‌خوردن موازنه ارزش، قرارداد صحیحی منعقد شده که تا مرحله اجراء نیز پیش رفته است. از این‌رو، حفظ قرارداد موصوف نسبت به انحلال آن، مرجح است، به‌خصوص آنکه اندیشه ابقاء قرارداد مشتمل بر مستندات و مؤیدات عقلی، نقلی و قانونی است. افزون بر این، فسخ قرارداد، هدف و مطلوب قراردادی طرفین را نادیده گرفته و با برداشتن صورت مسئله، متعاقدين را به نقطه شروع بازمی‌گرداند که در نتیجه آن، تمامی مساعی طرفین جهت تنظیم، انعقاد و اجراء قرارداد را بی‌حاصل می‌شود. از این‌رو، می‌باید به فکر برون‌رفت از انحصار فسخ بود.

عدول از انحصار فسخ، در صورتی امکان‌پذیر است که علاوه بر پذیرش مبانی نظری چون ضرورت ابقاء قرارداد و فسخ مستلزم ضرر، حتی برای ذوالخیار، موانع قانونی و فقهی در این مسیر از میان برداشته شود. سکوت قانون‌گذار مدنی در بخش‌های اختیارات، مشهورات فقهی چون عدم تقابل وصف و شرط با عوض و به تبع آن، خلاف قاعده بودن ارش، برائت ذمه متعهد از ارش یا هرگونه جایگزینی غیر از عین مورد معامله، ارائه تفسیر حداقلی از عوضین که به موجب آن عین مورد معامله موضوعیت

پیدا می‌نماید، مهم‌ترین موانع برای ارائه راهکارهای ایجاد موازنه در عرض فسخ، محسوب می‌شود. ارائه تحلیل اقتصادی از عوضین باعث توسعه قلمرو موضوع تعهد شده و کارایی ضمانت اجرای اجباری عین تعهد را با توجه به اهمیت و اولویت آن در نظام حقوقی ایران به ارمغان می‌آورد.

با عبور از موانع مذکور، در صورت عدم توافق طرفین، به فرض آنکه فسخ، مستلزم ضرر تلقی شود، مداخله قضایی مخصوصاً در فرضی که به سبب تراخی، راه فسخ مسدود است، ضرورت پیدا می‌کند. دادگاه نمی‌تواند نسبت به برهم‌خوردن موازنه ارزشی که موضوع رسیدگی است، بی‌تفاوت باشد و در این راستا، دادرسی می‌بایست تمامی ابزارهای قانونی را جهت احیای موازنه مورد توافق، به‌کار گیرد. در این مسیر، تفسیر اراده متعاقدین که مشتمل بر شروط ارتكازی و ضمنی عرفی، بر فرض آنکه حاوی لزوم برقراری موازنه ارزش و ابقاء عقد باشد، ابزاری برای الزام یکی از طرفین به اعاده موازنه شخصی مورد توافق خواهد بود. به‌علاوه، در صورتی که نتوانیم این تفسیر موسع از اراده طرفین را بپذیریم، به سبب سکوت قانون در اکثر فروض خدشه در موازنه، با استناد به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی با مراجعه به اصول حقوقی چون اصل موازنه ارزش، ابقاء عقد، لاضرر، منع دارا شدن بلاجهت و تقدم اجرای اجباری عین تعهد با توجه به پذیرش تفسیر جدید، موازنه ارزش به طریقی غیر از فسخ قرارداد، اعاده خواهد شد.

یادداشت‌ها

۱. الاوصاف لاتقابل بالاعواض و ان الشرط لایقسط علیه الثمن.
 ۲. للاجل و للشرط و للوصف قسط من الثمن.
 ۳. ماده در برابر صورت، آن چیزی است که شیء از ترکیب آن ایجاد می‌شود. صورت نیز شکل ساختار شیء است (صلیبا و صناعی دره بیدی، ۱۳۶۶، ص. ۵۶۲).
 ۴. ماده ۱۳ قانون بیمه
 ۵. عقدی است معوض و مالی بین شرکای درخت یا زراعت که کارشناس قبل از برداشت محصول، آن را تخمین می‌زند و سپس شرکاء بر اساس تخمین او اقدام به تعویض حصه می‌کنند، به این صورت که یک شریک به نفع دیگری سهم مشاع خود را ساقط می‌کند و در مقابل، شریک دیگر، تعهد می‌کند که قدر معینی از محصول مشترک را به او بدهد. این عقد از عقود مخاطره است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۵۴۹)
 ۶. ماده ۸۱۸ قانون مدنی
 ۷. ماده ۴۲۲ قانون مدنی
 ۸. ماده ۲۳۷ قانون مدنی
 ۹. ماده ۴۱۴ قانون مدنی
10. Favor Contractus
11. CISG
12. UPICC
13. PECL
14. Adaption
15. Hardship
۱۶. ماده ۴۱۰ قانون مدنی
 ۱۷. آیه ۲۹ سوره نساء
 ۱۸. مراجعه شود به شماره ۱-۲-۱. این مقاله با عنوان «ابقاء قرارداد».

کتابنامه

- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *کتاب السرائر*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۳۹۴). *رسائل*. شرح و ترجمه محمد مسعود عباسی زنجانی، قم: دارالعلم.
- انصاری، مرتضی (۱۳۹۷ و ۱۳۹۵). *مکاسب*. توضیح و تعلیق احمد پایانی، ترجمه محمد مسعود عباسی زنجانی، قم: دارالعلم.

باستانی نامقی، رضا و پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۹). رهیافت‌هایی از نظریه دشوار شدن اجرای قرارداد در نظام‌های حقوقی فرانسه، آلمان و انگلستان. *مجله حقوق فناوری‌های نوین*، ۱(۲)، صص. ۱-۲۸.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). *مسائل منطقی حقوق و منطق موازنه*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲). *وسیط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳). *مقدمه عمومی علم حقوق*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴). *صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق*. تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷). *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل (تئوری موازنه)*. تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸ الف). *رئسانس فلسفه*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸ ب). *فرهنگ عناصرشناسی*. تهران: گنج دانش.
جغتایی، عباس؛ نصیران نجف‌آبادی، داوود و عباسیان، رضا (۱۳۹۸). *قلمرو اجرایی اصول حقوقی و رابطه آنها با منابع معتبر اسلامی و فتاوی*. *مجله فقه و حقوق اسلامی*، سال دهم، ۱(۱۸)، صص. ۲۷۹-۳۰۳.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.

حسینی مدرس، سیدمهدی و گلشنی، عصمت (۱۳۹۲). *طریق جبرانی خسارت نقض تعهدات قراردادی در حقوق انگلستان و طرح آن در حقوق ایران*. *مجله دانش حقوق مدنی*، ۴(۴)، صص. ۲۷-۳۹.

حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقہیہ*. قم: مؤسسه نشر اسلامی تابع جامع مدرسین.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*. تهران: مکتبه الصدوق.

- رضایی استخری، مصطفی و اسفندیاری مهنی، افلاطون (۱۳۹۴). تحلیل اقتصادی مورد معامله و تأثیر آن بر ضمانت اجراهای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی. مجله مجلس و راهبردها، سال بیست و دوم، (۸۱)، صص. ۲۸۳-۳۱۵.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۹۴). حقوق مدنی (حقوق قراردادها). تهران: خرسندی.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). المختار فی احکام الخیار. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- سبحانی، جعفر (۱۴۲۳ق). دراسات موجزه فی الخیار والشروط. قم: المرکز العالمی لدراسات الاسلامیه.
- شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی تابع جامع مدرسین.
- شهید ثانی، زین‌الدین (۱۳۹۸). الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه. ترجمه و شرح علی شیروانی و محمد مسعود عباسی زنجانی، قم: دارالعلم.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۶۳). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. محقق علی آخوندی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۷). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین و نعمت‌الله، الفت (۱۳۸۹). اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد. نامه مفید، (۷۹)، صص. ۴۳-۶۲.
- صلیبا، جمیل و صانعی دره بیدی، منوچهر (۱۳۶۶). فرهنگ فلسفی. تهران: انتشارات حکمت.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۳ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل‌البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۰). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳ق). عروة الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلام.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتاب العربی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ق). قواعد الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البيت (علیهم السلام).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸. الف). الزامهای خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی). تهران: گنج دانش.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸، ب). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
مامقانی، عبدالله بن محمدحسن (۱۳۵۰). *نهایه المقال فی تکمله اغایه الآمال*. قم: مجمع الذخائر
الإسلامیة.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران:
مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳). *قواعد فقه بخش مدنی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران (۱۳۹۶). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*. تهران: سمت.
محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البیت
(علیهم السلام)، قم.

مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). *اصول الفقه*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه
قم.

نجفی خوانساری، موسی (بی تا). *منیه الطالب تقریر بحث میرزای نایینی*. بی جا: مکتب محمدیه.
نریمانی زمان آبادی، سیدمهدی و محمدتقی، فخلعی (۱۳۹۴). بررسی تناقض نمایی قاعده
«الشروط لایوزع علیه الثمن» با قاعده «للشروط قسط من الثمن». *مجله آموزه‌های فقه مدنی*،
سال هفتم، (۱۱)، صص. ۲۳-۴۸.

Gavrilovic, Nenad (2020). European contract law and the problem of modified acceptance: is there room for a unified approach?. *Iustinianus Primus Law Review*, vol. 11, No. 1.

Keller, Bertram (2008). *Favor contractus reading CISG in favor of the contract*. International commercial law across international boundaries, wildy simmonds and hill publishing.

Kornet, Nicole (2011). *Evolving General Principles of International Commercial Contracts: The Unidroit Principles and Favor Contractus*. Maastricht Faculty of Law Working Paper Series.

