

# نقد نظریه «عدول از فسخ قرارداد»

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۴/۳۱

تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۱۰/۲۰

محسن اسماعیلی\*  
مهدی نریمانپور\*\*

## چکیده

عدول از فسخ قرارداد عبارت است از اینکه یکی از متعاقدين يا هر دو يا شخص ثالثی بعد از اینکه قرارداد را به نحو تام فسخ کرده‌اند، با نادیده گرفتن فسخ و رجوع به قرارداد، قرارداد را احیا می‌کنند و این در صورتی محقق می‌شود که فسخ به طرف قرارداد اعلام شده باشد. پژوهش حاضر با روش تحلیلی — توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای، بر آن است تا ضمن تحلیل مفهوم عدول از فسخ قرارداد، میزان اعتبار آن را از نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی و مذاقه قرار دهد. به نظر می‌رسد عدول از فسخ قرارداد با مبانی فقهی و حقوقی سازگاری ندارد. زوال حیات قرارداد، فقدان نصوص قانونی، اکل مال به باطل، قاعده الناس مسلطون علی أموالهم و اختلال نظام و قاعده لاحرج، از جمله ادله‌ای هستند که عدول از فسخ قرارداد را در نظام فقهی و حقوقی ما ناممکن می‌سازد؛ مگر اینکه عدول از فسخ قرارداد در ضمن قرارداد شرط شده باشد.

**واژگان کلیدی:** عدول، فسخ، قرارداد، اعلام، شرط.

\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (esmaeili1344@ut.ac.ir).

\*\* دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی / نویسنده مسئول (narimanpourm99@gmail.com).

## مقدمه

فسخ قرارداد عبارت است از اینکه یکی از طرفین قرارداد یا هر دو طرف یا شخص ثالثی تحت شرایطی که در قانون یا در ضمن قرارداد پیش بینی شده است، به حیات یک قرارداد پایان دهند (شهیدی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۲). فسخ قرارداد حقی است که قانون یا قرارداد به اشخاص مذکور می‌دهد و از آن تعبیر به حق فسخ یا خیار می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۵۱).

صاحب‌نظران اتفاق نظر دارند که بعد از فسخ، قرارداد نابود می‌شود و منشأ آثار نیست. مقتضای این سخن، آن است که حیات قرارداد به پایان رسیده و امکان احیای آن وجود ندارد. با وجود چنین اقتضایی، از طرف یکی از محاکم قضایی رأیی مبنی بر صحت عدول از فسخ قرارداد صادر شده است. مطابق این نظر اگر ذی‌الخیار قرارداد را فسخ کند، می‌تواند فسخ خود را نادیده بگیرد و قراردادی را که معدوم گشته است، دوباره احیاء کند.

در این پژوهش به بررسی فقهی و حقوقی دیدگاه صاحب‌نظران در رابطه با مسئله مذکور خواهیم پرداخت که آیا امکان عدول از فسخ قرارداد و به تبع احیای قرارداد در فقه و حقوق ایران وجود دارد یا نه؟ موافقین و مخالفین چه استدلال‌های در پذیرش و رد این نظریه دارند؟ آیا نظریه امکان عدول منطبق با موازین فقهی و حقوقی است یا نه؟

پاسخ به سوالات اخیر آثار علمی و قضایی قابل توجهی را در پی دارد؛ چراکه از یک طرف در سطح جامعه بسیار واقع می‌شود که افراد اعمال حقوقی را مرتکب می‌شوند، لکن بعد از مدتی از عمل حقوقی خود پشیمان می‌شوند، از آن جمله اعمال حقوقی پشیمانی از فسخ قرارداد است. از طرف دیگر پشیمانی از فسخ قرارداد و نادیده گرفتن آن از جمله مسائل مطروحه در دستگاه قضایی است و در دادگاه‌ها منجر به صدور رأی شده است. همچنین به صحت چنین اعمالی در قوانین تصریح نشده و از این رو خلأ قانونی وجود دارد. جهات مذکور حاکی از این دارد که مسئله عدول از فسخ هم از جهت نظری و هم از جهت عملی مسئله بسیار مهمی است و مقتضی است صحت یا عدم صحت آن باتوجه به موازین فقهی و حقوقی روشن شود.

نظریه عدم صحت عدول از فسخ قرارداد موجه است و با موازین فقهی و حقوقی سازگاری بیشتری دارد و همچنین منطبق با هنجارهای اجتماعی است؛ بالعکس قول به صحت که در تطابق با عرف و هنجارهای اجتماعی نیست.

حسب جست‌وجو و تفحص در پایگاه‌های علمی از جمله نورمگز، ایران داک، پژوهشی - چه

در قالب مقاله، چه در قالب کتاب، پایان‌نامه و رساله — در رابطه با این مسئله صورت نگرفته است. باوجوداین برخی از پژوهش‌های صورت گرفته در مورد قاعده «الساقط لا یعود» به حل برخی از جوانب مسئله مورد نظر کمک می‌کند. از جمله این پژوهش‌های صورت گرفته در مورد قاعده مذکور، «التطبیقات الفقهیة لقاعدة الساقط لا یعود» نوشته محمد بایزید محمد مسلم است. در این مقاله ابتدا به تبیین مفهوم عدول از فسخ قرارداد و تفاوت آن با تجدید عقد پرداختیم، سپس شرایط اعمال نظریه صحت عدول از فسخ قرارداد و ادله موافقین و مخالفین عدول از فسخ مورد بررسی قرار گرفت و در آخر راه حلی فقهی و حقوقی برای امکان عدول از فسخ قرارداد ارائه شده است.

## ۱. مفهوم‌شناسی «عدول از فسخ» و تفاوت آن با تجدید عقد

قبل از کنکاش در صحت و یا عدم صحت عدول از فسخ قرارداد، لازم است ابتدا مفهوم «عدول از فسخ» تبیین شود و نسبت آن با مفهوم «تجدید عقد»، با توجه به اینکه هر دو عمل حقوقی منتج به نتیجه مشترک که عبارت باشد از احیای قرارداد، می‌شود، روشن گردد.

### ۱-۱. مفهوم‌شناسی «عدول از فسخ»

عدول در لغت به معانی از قبیل: میل کردن از کسی و برگشتن، بازگردیدن به سوی کسی، خمیدن راه و کج گردیدن، رجوع کردن از رأی و عقیده، استنکاف کردن از رأی و نظر و تصمیم خود، اعراض کردن از کاری که باید انجام دهند، آمده است. تعبیر به عدول در برخی از اصطلاحات فقهی نیز مشاهده می‌شود، از جمله: عدول از مجتهد زنده به مجتهد زنده دیگر، عدول از نیت که به معنای صرف نظر کردن در اثنای عمل از نیت پیشین و ادامه عمل با نیت جدید است مانند عدول از نیت جماعت به فرادا؛ عدول از فریضه به نافله، عدول از نماز قضاء به نماز ادا، عدول از نماز قضا به نماز قضای پیشین، عدول از نماز حاضر به نماز فوت شده، عدول از ظهر به عصر و بالعکس، از نماز عشا به مغرب و غیره (هاشمی، ۱۴۲۶، ج ۵، ص ۳۴۰). همان طوری که روشن است در بطن اصطلاحات مذکور مفهوم «بازگشت» نهفته است؛ لذا از این رو تفاوتی با معنای لغوی ندارند. به نظر می‌رسد در مفهوم «عدول از فسخ قرارداد» نیز کلمه عدول از معنای لغوی خود فاصله نگرفته است و به معنا بازگشت و اعراض از فعل خود است.

عدول از اعمال حقوقی مفهومی بیگانه در ادبیات فقهی و حقوقی نیست، بلکه اعمال حقوقی متعددی است که اشخاص به حسب شرایط از عمل خود عدول می‌کنند، گرچه با لفظ عدول از آن تعبیر نشده است یا به ندرت استعمال شده است. شائع‌ترین و نزدیک‌ترین مفهوم به عدول اصطلاح «رجوع» است و تعبیر به رجوع فراوان در ادبیات اندیشوران دیده می‌شود. کلمه رجوع به سه معنای متفاوت آمده است (نایف، ۱۴۲۲، ص ۵):

۱— رجوع گاهی به معنا بازگشت به حالت پیشین و یا نقض تصرف نخست بکار رفته است. یعنی بازگشت به وضعیت پیش از وقوع یک عمل حقوقی به مفهوم عام که شامل عقود و ایقاعات و وقایع حقوقی می‌شود؛ مانند: رجوع واهب به عین موهوبه، رجوع از وصیت، رجوع از صدقه، رجوع از ابراء.

۲— رجوع گاهی به معنا رجوع ذی‌الحق به نافی حق آمده است؛ مانند رجوع مالک به غاصب، رجوع ضامن به مضمون عنه، رجوع محیل به محال علیه، رجوع کفیل به مکفول.

۳— رجوع گاهی به معنا فسخ آمده است. به عنوان مثال در ماده ۵۶۵ ق. م آمده است: «جعاله، تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین می‌توانند رجوع کنند، ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید، باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد». از میان سه کاربرد مذکور رجوع، کاربرد اول متضمن مفهوم عدول هست؛ لذا از این رو مترادف و هم‌پوشانی معنای و مصداقی دارند.

## ۱-۲. تفاوت «عدول از فسخ» با تجدید عقد

تجدید عقد عبارت است از انعقاد دوباره عقدی که میان متعاقدین سابقاً منعقد گردیده است؛ مانند تمدید قرارداد اجاره بعد از پایان مدت اجاره که گاهی در ضمن عقد انجام می‌شود؛ به عبارت دیگر تعهد به تمدید قرارداد در ضمن عقد صورت می‌گیرد و گاهی بعد از انعقاد قرارداد اجاره و پایان مدت اجاره تحقق پیدا می‌کند (المنصور و السمامه، ۲۰۱۵، ص ۱۴۸). در این وضعیت قرارداد با ایجاب و قبول جدید منعقد می‌شود، خواه با شرایط قرارداد سابق، خواه بدون شرایط قرارداد سابق. حال آنکه در عدول از فسخ قرارداد، اولاً: قرارداد سابق احیا می‌شود، نه اینکه عقد سابق دوباره در قالب ایجاب و قبول جدید منعقد شود، ثانیاً: شرایط قرارداد سابق همچنان برقرار است، برخلاف تجدید عقد که ممکن است متعاقدین با شرایط عقد سابق انجام دهند یا با شرایط جدید

قرارداد را تشکیل دهند.

## ۲. انشای تام فسخ؛ شرط عدول از فسخ قرارداد

قرارداد زمانی فسخ می‌شود که ذی‌الخیار آن را به‌نحو تام انشا کند، بنابراین تا زمانی که انشاء به‌نحو تام نشده باشد، قرارداد فسخ نمی‌شود؛ در نتیجه عدول از فسخ قرارداد معنی پیدا نمی‌کند. انشای فسخ زمانی تام می‌شود که ذی‌الخیار به طرف قرارداد اعلام فسخ کرده باشد؛ لذا تا زمانی که اعلام فسخ قرارداد صورت نگرفته، انشا فسخ به‌نحو تام انجام نشده است و این لازمه ضروری بودن اعلام فسخ قرارداد است. به عبارت دیگر ذی‌الخیار وقتی فسخ قرارداد را انشاء کرد، لازم است به طرف قرارداد اعلام کند که قرارداد فسخ گردیده است؛ در غیر این صورت انشا فسخ منشأ اثر نیست.

توضیح مطلب اینکه به موجب ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «به‌طورکلی هر کس حق دارد اظهاراتی را که راجع به معاملات و تعهدات خود با دیگری است و بخواهد به‌طور رسمی به وی برساند ضمن اظهارنامه به طرف ابلاغ نماید. اظهارنامه توسط اداره ثبت اسناد و املاک کشور یا دفاتر دادگاه‌ها ابلاغ می‌شود.» افراد این حق را دارا هستند که برای مطالبه حقوق قانونی خود به طرف مقابل خود اظهارنامه ارسال کنند. این حقی که ماده اخیر به افراد داده است، اختیاری است و الزامی در آن نیست؛ چراکه مقنن تعبیر به «حق دارد» کرده است. با وجود این، موارد استثنایی وجود دارد که مقنن در آن ارسال اظهارنامه را الزامی کرده است، از جمله: ماده ۱۰ مکرر (اصلاحی مصوب ۱۳۵۹/۳/۱۷) قانون تملک آپارتمان‌ها - مصوب ۱۳۴۳/۱۲/۱۶ - که مقرر می‌دارد: «در صورت امتناع مالک یا استفاده‌کننده از پرداخت سهم خود از هزینه‌های مشترک از طرف مدیر یا هیئت مدیران وسیله اظهارنامه با ذکر مبلغ بدهی و صورت ریز آن مطالبه می‌شود». الزام به اعلام فسخ قرارداد نیز گرچه در قوانین مورد تصریح واقع نشده است، لکن با استناد به ادله و شواهد ذیل باید به‌عنوان استثنا بر ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی در نظر گرفته شود:

الف) ضرورت اعلان فسخ مورد تأکید بسیاری از آرای قضایی گردیده است، از جمله رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران، به شماره ۰۱۲۹۱ - ۱۷/۱۱/۹۲ که اظهار می‌دارد: «شخصی که قراردادی را به‌موجب حق فسخی که دارد، فسخ می‌کند، باید فسخ به‌نحو منجز و قابل اثبات انشاء

کند و استفاده از این حق و اعمال آن را به طریق مقتضی به طرف مقابل اعلام کند».

ب) الغای خصوصیت؛ در برخی از قوانین فرعی فسخ برخی از قراردادها منوط به اعلام قبلی گشته است و از آن جهت که خصوصیتی در این قوانین وجود ندارد؛ لذا قابل سرایت به سایر مصادیق فسخ نیز هست. مطابق ماده ۱۳ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، در صورتی که بیمه‌گر، بیمه را فسخ نماید، باید مراتب را به موجب اظهارنامه یا نامه سفارشی به بیمه‌گذار اطلاع بدهد و اثر فسخ ده روز پس از ابلاغ مراتب به بیمه‌گذار شروع می‌شود. همچنین به موجب ماده ۶۹ قانون ثبت اسناد و املاک، هرگاه بر طبق شرایط مقرر بین طرفین و با اطلاع مراجع ثبت احد متعاملین، معامله را فسخ و یا متعهدی تعهد خود را انجام دهد و طرف مقابل حاضر نبوده یا نشود، مراجع مزبور پس از ملاحظه قبض صندوق اداره ثبت حاکی از ودیعه‌گذارن مورد معامله، در صورتی که عبارت از وجه نقد یا مال منقول دیگر باشد و پس از تأمین حقوق طرف مقابل در غیر این صورت مراتب را در دفتر قید و به طرف اخطار می‌نماید که حق خود را اخذ و برای باطل نمودن ثبت حاضر گردد. ماده ۷ دستورالعمل استفاده از خدمات نیروی انسانی به صورت قراردادی نیز مقرر می‌دارد: «واحد ذی‌ربط می‌تواند با یک ماه اعلام قبلی قرارداد را لغو نماید، مگر آنکه در قرارداد مدت کمتری تعیین شده باشد.»

در سه ماده اخیر مقتن تصریح به لزوم اعلام فسخ می‌کند و از نبود خصوصیت در این مواد، می‌توان ضرورت اعلام فسخ قرارداد در سایر قوانین را نیز استنتاج کرد.

ج) نظریه مشورتی شماره ۷/۵۹۵۴ مورخ ۱۱/۵/۱۳۷۰؛ مطابق نظریه مشورتی به موجب ماده ۴۴۹ قانون مدنی فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود، بنابراین از ماده فوق‌الذکر و ماده ۶۹ قانون ثبت اسناد و املاک کشور چنین استنباط می‌گردد که فسخ معامله باید به طرف اعلام شود و کسی که مدعی فسخ معامله است ضرورت دارد که اراده خود مبنی بر فسخ معامله را به طرف دیگر معامله اعلام نماید.

د) اعلان فسخ قراردادها در حقوق سایر کشورها نیز مورد تصریح واقع شده است. از جمله ماده ۱۲۳۴ قانون مدنی فرانسه (اصلاحات ۲۰۱۶) و همچنین رأی دادگاه تجدیدنظر مصر (اعتراض شماره ۱۷۳۶۹) نسبت به اعلام فسخ تصریح کرده است.

بنابراین باتوجه به ادله و شواهد مذکور، اعلام فسخ قرارداد الزامی است و در صورتی که به طرف مقابل اعلام نکند، انشاء فسخ قرارداد به نحو تام صورت نگرفته است و فسخ قرارداد به مرحله

فعلیت نمی‌رسد؛ لذاست که دیوان عدالت اداری ضمانت اجرای عدم اعلام قبلی را عدم فسخ قرار داده است و اظهار می‌دارد: «خواستۀ شاکی تقاضای بازگشت به کار و اعتراض به تصمیم سازمان جهاد دانشگاهی مبنی بر قطع همکاری است. با بررسی اوراق و محتویات پرونده و ملاحظه لایحه جوابیه واصله ثبت شده به شماره... دفتر این شعبه، باتوجه به متن قرارداد شماره... فی مابین شاکی و مشتکی عنه یک سال می‌باشد و خاتمه آن ۹۱/۱۲/۳۰ تنظیم گردیده و در شرح حکم لغو قرارداد با اعلام یک ماه قبل مقرر شده است و به موجب ماده ۷ دستورالعمل استفاده از خدمات نیروی انسانی به صورت قراردادی، لغو قرارداد با اعلام یک ماه قبل به عمل می‌آید، مگر اینکه در متن قرارداد مدت کمتری تعیین شده باشد اعلام گردیده است، علی هذا نهاد مشتکی عنه مطابق نامه شماره... از مورخ ۹۱/۸/۲۹ مفاد ماده فوق الذکر از دستورالعمل موصوف را مراعات ننموده است، بنابراین خواسته موجه تشخیص و حکم به ورود شکایت در حد پرداخت یک ماه حقوق و مزایای قرارداد شماره صدرالذکر در حق شاکی صادر و اعلام می‌گردد.»

ناگفته نماند شیوه اعلام فسخ قرارداد منحصر به اظهارنامه نیست، بلکه با طرق دیگر نیز میسر است؛ لذا رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران - دادنامه به شماره 9309970220801050 - اظهار می‌دارد: «با تقدیم دادخواست خواهان اراده خود را مبنی بر اعلام فسخ به خواننده اطلاع داده است و نیازی به ارسال اظهارنامه نمی‌باشد.»

### ۳. بررسی نظریه‌ها و مستندات آن

بحث از امکان عدول فسخ قرارداد در کتب فقهی و حقوقی به طور خاص<sup>۱</sup> مطرح نشده است و برای اولین بار امکان عدول از فسخ در یکی از آرای محاکم قضایی - همان طوری که در مقدمه بیان شد - مطرح شده است و از طرف دیگر از تعریف فسخ - که در مقدمه ذکر شد - می‌توان چنین استظهار کرد که عدول از فسخ ممکن نیست؛ چراکه مطابق تعریف فسخ، قرارداد بعد از فسخ مضمحل می‌شود و وجود خارجی ندارد؛ بنابراین می‌توان گفت دو نظریه عمده در این زمینه وجود دارد: صحت عدول از فسخ (رأی دادگاه) و عدم صحت عدول از فسخ.

۱. تعبیر به طور خاص بدین جهت است که بحث از عدول از در قالب رجوع فراوان در کتب اندیشمندان مطرح بوده است؛ لذا مفهوم بیگانه‌ای در ادبیات فقهی و حقوقی نیست. همچنین قاعده «الساقط لا یعود» متضمن بحث عدول است.

### ۳-۱. صحت عدول از فسخ قرارداد

قول به صحت عدول از فسخ قرارداد از برخی از محاکم قضایی در استان تهران در ضمن رأی<sup>۲</sup> در پی واخواهی محکوم علیه صادر شده است. شرح ماوقع چنین است که به موجب قرارداد تحویل امانی خودرو و به منظور حمل گاز، یک دستگاه خودرو کشنده به همراه مخزن سیار متصل در اختیار آقای ح. ز. قرار داده شده است و متعاقباً پیرو قرارداد الحاقی آقای ج. ت. به عنوان جایگزین مشارالیه تعیین و اجرای مفاد قرارداد با فرد جدید استمرار یافته است. لیکن مشارالیه برخلاف مفاد قرارداد، کشنده را از چرخه حمل گاز مایع برای شرکت خارج و برای مقاصد شخصی استفاده می کند که تذکرات شفاهی مؤثر واقع نشده و با اختیارات حاصله از قرارداد، قرارداد از سوی موکل فسخ شده است. دادگاه بدوی با نظر به استنکاف خواننده از اجرای آثار فسخ قرارداد، به استناد ماده ۴۴۹ قانون مدنی و مواد مقرر در قرارداد موصوف، حکم به تنفیذ فسخ قرارداد، و الزام خواننده به تحویل و استرداد کشنده ولو اف ۱۲ به همراه مخزن سیار متصل به آن و پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله برابر تعرفه در حق خواهان صادر و اعلام می شود. سپس محکوم علیه به رأی غیابی اعتراض کرده است و دادگاه به استناد اینکه واخوانده حسب اظهارات وکیل واخواه، پس از اعلام فسخ قرارداد، نسبت به اخذ اقساط کشنده و اعلام مسیر جهت حمل گاز به واخواه، اقدام کرده است که این امر نشان از عدول از فسخ دارد، واخواهی را وارد می داند. این رأی مورد پذیرش دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز قرار می گیرد.

بنابراین، دادگاه به استناد اینکه واخوانده نسبت به اخذ اقساط کشنده و اعلام مسیر جهت حمل گاز به واخواه، اقدام کرده است، قرارداد فسخ شده را با عنوان ابتکاری «عدول از فسخ» احیا می کند.

محکمه، در ضمن رأی، ادله روشنی بر صحت عدول از فسخ قرارداد اقامه نکرده است، باین وجود می توان ادله ای ذیل را به سود این نظریه مطرح کرد:

دلیل اول: استناد به اقدام خلاف فسخ؛ همان طوری که در متن رأی نیز آمده است، محکوم علیه بعد از اینکه اقدام به فسخ قرارداد می کنند، درخواست اقساط و تعیین مسیر می کند؛ این اقدام خلاف فسخ است و در واقع به نوعی نشان می دهد که از فسخ خود پشیمان گشته است.

۲. دادنامه قطعی به شماره 9309970221600917.



این دلیل با این اشکال مواجه است که بعد از اینکه فسخ صورت گرفت، دیگر عقدی وجود ندارد که بتوان بدان رجوع کرد.

دلیل دوم: قیاس؛ یکی دیگر از ادله‌ای که می‌توان به سود این نظریه مطرح کرد، قیاس است. تعاریف متفاوتی از قیاس شده است، لکن تعریف مشهور میان علماء عبارت است از حمل امری معلوم بر امر معلوم دیگر در اثبات حکم برای آن دو یا نفی حکم از آن دو به دلیل امر جامعی که میان دو است (شوکانی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۸۹). در مقابل برخی دیگر چنین تعریف کرده‌اند: حمل چیزی بر چیزی دیگر در برخی از احکام به دلیل وجود شباهت (همان). دقت در تعاریف قیاس نشان می‌دهد که در تعریف قیاس گاهی به علت اشاره می‌شود و گاهی به صرف مشابَهت در احکام. به هر روی قیاس از جمله مستنداتی است که می‌توان به سود این نظریه مطرح کرد؛ بدین ترتیب که موارد متعددی وجود دارد که فقها امکان رجوع - که در اینجا مترادف عدول است - را پذیرفته‌اند، از جمله:

### ۳-۱-۱. رجوع واهب به عین موهوبه

از جمله احکامی که در باب هبه مورد اتفاق است، امکان رجوع واهب به عین موهوبه است. ماده ۸۰۳ ق. م مقرر می‌دارد: «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل:

- ۱) در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد.
- ۲) در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد.
- ۳) در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً مثل اینکه عین موهوبه برهن داده شود.
- ۴) در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود».

### ۳-۱-۲. رجوع از وصیت

یکی از مواردی که رجوع در آن پیش بینی شده است، وصیت است. فقها اذعان کرده‌اند که موصی مادامی که زنده است، می‌تواند از وصیت خود رجوع کند، خواه وصیت به مال باشد یا منفعت یا ولایت. صحت رجوع از وصیت مورد اتفاق فقیهان است (علامه حلی، [بی‌تا]، ص ۵۱۵). این رجوع گاهی به تصریح است، گاهی به ضمنی، گاهی به لازم، گاهی به قول است، گاهی به فعل

(شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۱۳۶).

### ۳-۱-۳. رجوع شاهد از شهادت

رجوع از شهادت یکی دیگر از مصادیق رجوع است که فقها بدان تصریح کرده‌اند و خود به دو دسته کلی تقسیم می‌شود: رجوع از شهادت در امور کیفری و رجوع از شهادت در امور مدنی و هرکدام از این موارد خود به دو دسته کلی تقسیم می‌شود: الف) رجوع از شهادت پیش از صدور حکم؛ صحت این رجوع مورد اجماع فقیهان است و به موجب آن شهادت محقق شده کأن لم یکن خواهد بود و اعتباری نخواهد داشت؛ بنابراین چنین شهادتی نمی‌تواند منشأ صدور حکم از طرف قاضی باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۰۸ / فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۳۷۳). ب) رجوع شاهد پس از صدور حکم و قبل از استیفاء؛ در صورتی که از قبیل امور کیفری باشد، نظر مشهور آن است که امر کیفری استیفاء نمی‌شود، گرچه برخی از فقها احتمال استیفاء را داده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۳۷۳)؛ ولی اگر از امور مدنی باشد، حکم قطعی است و نقض نمی‌شود. برخی از فقها احتمال نقض رأی قاضی را داده‌اند (همان، ص ۳۷۴). ج) رجوع از شهادت پس از صدور حکم و بعد از استیفاء؛ در این حالت، در صورتی که از امور مدنی باشد، با توجه به اینکه در شق قبل حکم به عدم نقض داده‌اند؛ لذا در این صورت به طریق اولی قابل نقض نیست ولی اگر از امور کیفری باشد، دو حالت دارد یا عمد در شهادت خلاف واقع داشته‌اند که در این صورت قصاص می‌شوند یا عمد نداشته‌اند که در این صورت ضامن دیه خواهند بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۵۵).

### ۳-۱-۴. رجوع از طلاق

رجوع از طلاق بدین معناست که زوج بدون اینکه عقدی دوباره جاری سازند، به زوجه خود رجوع کند. ماده ۱۱۴۸ق. م مقرر می‌دارد: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است.».

### ۳-۱-۵. رجوع از صدقه

صدقه با قبض لازم می‌شود و رجوع در آن جایز نیست. ماده ۸۰۷ق. م مقرر می‌دارد: «اگر کسی مالی را به‌عنوان صدقه به دیگری بدهد حق رجوع ندارد.».

### ۳-۱-۶. رجوع از اذن

ذی‌الحق می‌تواند در حق خود به دیگری اذن در تصرف دهد؛ مانند جایی که شخصی به دیگری اجازه تصرف در ملک خود را می‌دهد و لکن بعد از مدتی از اذن خود برمی‌گردد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۲۰۱/یزدی طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۵۶).

### ۳-۱-۷. رجوع از ابراء

میان فقها در اینکه ابراء عقد است یا ایقاع، اختلاف نظر وجود، مشهور فقهای اهل سنت آن را عقد می‌دانند و لکن مشهور فقهای شیعه آن را ایقاع می‌دانند. کسانی که آن را ایقاع می‌دانند قائل هستند رجوع از ابراء صحیح نیست ولی کسانی که آن را عقد می‌دانند اختلاف نظر دارند: فقهای حنبلی و فقهای حنفی قائل هستند که رجوع در آن جایز نیست ولی فقهای مالکی و شافعی قائل هستند رجوع در آن جایز است (هیتمی، [ابی‌تا]، ج ۳، ص ۵۷/سیوطی، ۱۴۱۱، ص ۵۲۴).

۶۵

حقوق اسلامی / نقد نظریه «عدول از فسخ قرارداد»

به نظر می‌رسد رأی دادگاه مبتنی بر قیاس عدول از فسخ با موارد مذکور است و انس با مصادیق مذکور به نوعی ذهن را به سوی قیاس سوق داده است. با این وجود، این دلیل به دلایل متعدد قابل مناقشه است؛ چراکه اولاً: در موارد مذکور وضعیت سابق منهدم نشده و نیمه جان است ولی در فسخ، عقد سابق از بین رفته و مرده است؛ ثانیاً: قیاس در فقه شیعه پذیرفته شده نیست و اجماع فقها بر حرمت آن است و در احادیث متعددی از آن نهی شده است؛ ثالثاً: قیاس عدول از فسخ با مفاهیم مذکور قیاس مع الفارق است؛ چراکه فسخ از ایقاعات است ولی بخشی از مواردی که مورد قیاس است، عقد هستند نه ایقاع؛ مانند هبه و همچنین بخشی از آن ملحق به تعبدیات است مانند صدقه و بخشی دیگر نیز به شدت محل مناقشه است مانند ابراء. در نتیجه نه می‌توان به علت مشترک رسید نه می‌توان به برخی از اوصاف مشترک رسید. شاید بر درستی مدعا استناد به ادله مجزا و مستقل در هر کدام از مصادیق مذکور است و هیچ دلیل اشتراکی در لسان کلام فقها دیده نمی‌شود.

دلیل سوم: الغای خصوصیت؛ الغای خصوصیت در مواردی استعمال می‌شود که فقیه از طریق الغا و اسقاط خصوصیتی که در موضوع حکم (اعم از متعلق حکم یا متعلق متعلق حکم یا تکلیف) یا خود حکم مدخلیت ندارد، مصداقی دیگری از موضوع حکم را یافته و حکم را بر آن بار می‌کنند. برای مثال طبق آیه شریفه «وَالَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ

ثَمَائِنَ جَلْدَةً؛ و آنان که به زنان با عفت مؤمنه نسبت زنا دهند آن‌گاه چهار شاهد (عادل) بر دعوی خود نیاورند آنان را به هشتاد تازیانه کیفر دهید»، حد قذف کننده زنان محصنه بیان شده، ولی حکمی در مورد قذف کننده مردان محصن نیامده است. فقها با الغای خصوصیت زن بودن فرد قذف شده، حکم یادشده را برای قذف کننده مرد محصن نیز ثابت می‌کنند. در این فرآیند زن محصنه که موضوع حکم منصوص به معنا متعلق متعلق حکم است، به‌عنوان فردی از موضوع واقعی تلقی شده، همان‌گونه که مرد محصن نیز فردی از آن است (فیاضی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۳).

مطابق این دلیل چون خصوصیتی در رجوع در مصادیق ذکر شده، نیست؛ لذا رجوع از فسخ نیز می‌تواند از مصادیق رجوع باشد.

اشکالی که بر دلیل دوم یعنی قیاس وارد شد بر این دلیل نیز وارد است؛ چراکه بخشی از مصادیق مربوط به امور تعبدی است و بخشی دیگر نیز فقها ادله خاصی ذکر کرده اند؛ به‌عبارت دیگر ادله ذکر شده در مصادیق متعدد از یک جنس نیستند؛ لذا نمی‌توان ادعای الغای خصوصیت کرد.

دلیل چهارم: استصحاب؛ استصحاب عبارت است از حکم به بقای موضوع حکم در صورتی که وجود موضوع مشکوک باشد (مظفر، ۱۴۳۰، ج ۴، ص ۲۷۵). باتوجه به این تعریف تقریب استدلال بدین گونه است که بعد از اینکه طرف عقد از فسخ عدول کرد شک می‌شود که آیا عقد همچنان برقرار است یا نه؟ و چون عقد سابقاً وجود داشته است، به استناد استصحاب، حکم به بقای عقد می‌شود.

به نظر می‌رسد نوبت به این استصحاب نمی‌رسد؛ چراکه بعد از اینکه شخص عقد را فسخ کرد، بی‌تردید عقد از بین رفته است؛ چراکه وقتی عقد فسخ گردید دیگر قرارداد منفسخ و به تبع زایل می‌گردد و دیگر قراردادی نیست تا بتوان وجود آن را استصحاب کرد.

دلیل پنجم: اصل لزوم استحکام قراردادها نیز می‌تواند مؤید این نظریه باشد؛ چراکه جواز عدول از فسخ قرارداد در راستای اصل مذکور است. لزوم استحکام قراردادها تحت عناوین همچون «اصل لزوم قراردادها»، «اصل ابقای عقد»، «اصل استقرار قراردادها» و... همواره مورد توجه عالمان حقوق بوده است. این اصل جزء اصول محکم و بدیهی مکاتب حقوقی است. توجه به این اصل در حقوق اسلامی نیز همواره مورد توجه بوده است و همواره عالمان سعی بر آن داشته‌اند که تا حد ممکن و مقتضی قراردادها را معتبر تلقی کنند.

این دلیل نیز از آن جهت که مستند به اصل است، محکوم به ادله قول دوم است و با وجود ادله مخالفین، نوبت به اصل نمی‌رسد.

## ۳-۲. عدم صحت عدول از فسخ قرارداد

همان‌طوری که بیان شد، مستظهر از تعریف فسخ، عدم امکان عدول از فسخ قرارداد است. ادله ذیل را می‌توان به سود این نظریه مطرح کرده:

**دلیل اول:** به موجب فسخ قرارداد، عقد از زمان انشای عقد منحل می‌شود و عوضین به مالکین اصلی استرداد می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۸، ج ۵، ص ۲۰۵)؛ بنابراین بعد از فسخ، قرارداد زائل می‌شود و در عالم اعتبار موجود نیست؛ لذا کسی که قصد عدول از فسخ دارد و به تبع دنبال احیای قرارداد است، خواهان رجوع به کدامین قرارداد است؟ قراردادی وجود ندارد تا قصد رجوع و احیاء آن را داشته باشد.

۶۷

**دلیل دوم:** فقدان نصوص قانونی؛ مقنن، امکان عدول را پیش بینی نکرده است و در شرع نیز نصوصی که متضمن امکان عدول باشد، وجود ندارد؛ لذا تا زمانی که مقنن و شارع صحت عدول را پیش بینی نکرده باشد، امکان عدول از فسخ بلاوجه است.

**دلیل سوم:** استناد به قاعده «الساقط لایعود»؛ یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که برای این قول مطرح شده استناد به قاعده «الساقط لایعود» است. این قاعده در کتب فقهای شیعه به دو شکل «المعدوم لایعود» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۷۳ / کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۷۳ / موسوی قزوینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۷۳) و «الساقط لایعود» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۹ / کمپانی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۲۱۹ / مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۶۷). در فقه اهل سنت نیز با تعبیری همچون «الساقط متلاش لا يتصور عوده»، «الساقط من الحق یكون متلاشیا لا يتصور عوده»، «المسقط یكون متلاشیا، «المعدوم لایعود» (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۸۳؛ ج ۶، ص ۱۹۲؛ ج ۷، ص ۵۳۲) است. این قاعده یکی از قواعد محکم در فقه اهل سنت است، به طوری که از زمره مواد مجله الأحكام العدلیه ذکر شده است. ماده ۵۱ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «السَّاقِطُ لَا یُعْودُ. کَمَا أَنَّ الْمَعْدُومَ لَا یُعْودُ».

به موجب این قاعده امر ساقط و معدوم باز نمی‌گردد و قابل احیاء نیست؛ مگر اینکه به سبب و دلیل جدید باشد (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۶، ص ۱۷۰)؛ بنابراین هر حقوقی و یا واجبی که قابلیت اسقاط دارد به سببی که مسقط حق است، ساقط شود، قابل احیاء بعد از سقوطش نیست و معدوم می‌شود

(زحیلی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۲۱).

ریشه قاعده مذکور را باید در مباحث فلسفی جست، همان طوری که برخی تصریح کرده اند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۳۶)؛ کما اینکه تعبیر به «المعدوم لا يعود» مشعر به این قضیه است و تعبیر به «کما» در ماده ۵۱ مجله حاکی از قیاس ساقط به معدوم است.

از این استدلال می توان به دو صورت پاسخ داد: اولاً: اعاده معدوم میان حکما و متکلمین از مباحث بحث برانگیز بوده است. در این میان دو قول عمده وجود دارد: گروهی از حکما و متکلمین بر این عقیده هستند معدوم بعینه و با جمیع عوارض مشخصه قابل اعاده نیست و گروهی دیگر قائل به اعاده شده اند (استرآبادی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۱۱۶۷ / طوسی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۱۸۰)، ما هم نظر با کسانی هستیم که اعاده معدوم ممکن است (پاسخ جدلی)؛ ثانیاً با فرض پذیرش امتناع، قیاس قواعد عالم تکوین با عالم اعتبار صحیح نیست؛ زیرا ادراکات حقیقی، انکشافات و انعکاسات ذهنی واقع و نفس الامر است؛ اما ادراکات اعتباری، فرض هایی است که ذهن به منظور رفع احتیاجات حیاتی، آن ها را ساخته و جنبه وضعی و قراردادی و فرضی و اعتباری دارد و با واقع و نفس الامر سروکاری ندارد. ادراکات اعتباری برخلاف ادراکات حقیقی، تابع احتیاجات حیاتی و عوامل مخصوص محیط است و با تغییر آن ها تغییر می کند (مطهری، ۱۳۷۶، ج ۹، ص ۳۱۱). در عالم حقوق نیز تمام بحث مربوط به اعتباریات است، حال آنکه انقلاب شیئی که در علم کلام و فلسفه از آن بحث می شود، مربوط به عالم واقعیات است.

بنابراین چون قراردادها از قسم اعتباریات هستند نه واقعیات؛ در نتیجه قیاس آن با قواعد عالم واقعیات صحیح نیست؛ نمی توان قواعد عالم واقعیات را در عالم اعتباریات پیاده کرد. دلیل چهارم: استدلال به آیه شریفه ۱۸۸ سوره بقره «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ؛ مال یکدیگر را به ناحق مخورید».

آیه شریفه ۱۸۸ سوره بقره از جمله آیات پرکاربرد است که در حوزه معاملات بدان بسیار تمسک کرده اند. وجه تقریر آن بدین شکل است که وقتی قرارداد فسخ شد، عوضین به مالکین اصلی برگشت داده می شود، بنابراین عدول از فسخ قرارداد و احیای آن اکل به معامله باطل خواهد بود؛ چراکه عوضین به مالکین برگشته داده شده است و در ملک وی نیست، تا بتواند در آن تصرف کند.

دلیل پنجم: استناد به قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم»؛ این قاعده نیز به مانند آیه قبل از

قواعد بسیار پرکاربرد در حوزه معاملات است. به موجب این قرارداد اولاً مردمان نسبت به اموال خود سلطنت دارند؛ بنابراین مجاز هستند در اموال خود هرگونه که خواستند در آن تصرف کنند و دیگران حق دخالت ندارد، مگر اینکه قانون و شرع محدودیت‌های قرار داده باشد؛ مانند جایی که تصرف شخصی در ملک خود مستلزم ضرر به دیگری مثلاً همسایه شود، در اینجا صور متعددی قابل تصویر است، از جمله اینکه شخصی از تصرف خود نه قصد انتفاع دارد و نه مستلزم تضییع به وی است، اینجا به حکم قاعده لاضرر حق تصرف در ملک خود ندارد، ثانیاً دیگران حق ندارند بدون اذن از طرف مالک در اموال مالک تصرف کنند. به واقع قاعده مذکور به نحو انحصاری تصرف را در اختیار مالک قرار می‌دهد؛ لذا دیگران نمی‌توانند در اموال او بدون کسب اذن تصرف کنند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۳۱).

وجه استناد به قاعده مذکور بدین شکل است، وقتی با فسخ قرارداد عوضین به مالکین اصلی عودت داده شد، عدول از فسخ قرارداد، مصداق تصرف در اموال دیگران است و تصرف در اموال دیگران در صورتی صحیح است که از طرف مالک یا قانون اذن داده شود و چنین اذنی محقق نشده است؛ لذا به موجب قاعده مذکور عدول از فسخ قرارداد صحیح نیست و تصرف وی مستلزم حکم تکلیفی و وضعی است (همان).

دلیل ششم: استناد به اختلال نظام؛ اختلال نظام از جمله قواعدی است که فقهای متقدم و متأخر بدان استناد می‌کنند (علامه حلی، [بی‌تا]، ص ۲۴۸ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۵۰ / آشتیانی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۸۴). مطابق این قاعده اموری که نظم و ترتیب حاکم بر زندگانی مردم را برهم زنند و موجبات هرج و مرج و آشفتگی را در زندگی مردم ایجاد کند، آن امر منفی و مطرود از نظر شارع است.

وجه استناد به قاعده مذکور بدین شکل است که اگر قرار باشد هر یک از متعاقدین بعد از فسخ قرارداد از نظر شرعی و قانونی امکان بازگشت به قرارداد را داشته باشند، در این صورت نظم قراردادها به هم می‌خورد و موجب آشفتگی غیرقابل وصفی در بازار می‌شود. خصوصاً اینکه در بازه زمانی فسخ و عدول از آن ممکن است معاملاتی روی عوضین شده باشد و در تصرف دیگری باشد.

دلیل هفتم: استناد به قاعده لاضرر؛ به موجب آیاتی از قبیل «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۲۲)؛ «مَا يَرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مانده: ۶)، «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵) حرج و مشقت و سختی از بندگان برداشته شده است. در

مانحن فیه نیز چون عدول از فسخ موجب حرج و مشقت و سختی بر متعاقدين می‌شود؛ لذا مرفوع و در نتیجه صحیح نیست.

#### ۴. ارزیابی ادله و راه حل عدول از فسخ قرارداد

از میان دو نظریه اخیر، قول به عدم صحت فسخ قرارداد از ادله قوی و متقن برخوردار است؛ چراکه اولاً: نقدهای محکمی بر ادله نظریه صحت عدول از فسخ وارد شده است؛ ثانیاً: ادله قول دوم ادله‌ای بوده‌اند که متعارف و مرسوم میان اندیشوران است، به گونه‌ای که به این ادله به وفور تمسک می‌کنند؛ به عبارت دیگر در حجیت و اعتبار آن میان فقها اختلاف نظر وجود ندارد، لکن چنین وضعیتی را در ادله قول اول مشاهده نمی‌شود، بلکه اختلافات قابل توجهی میان فقها در این ادله دیده می‌شود. باین وجود مورد ذیل را می‌توان به‌عنوان استثنا بر قول به عدم امکان عدول ذکر کرد:

#### شرط ضمن عقد

شرط ضمن عقد به‌عنوان یکی از راه‌های حقوقی قابل تصور در مسئله مورد نظر است. مطابق این راه حل، متعاقدين شرط می‌کنند که برای یکی از طرفین یا هر دو بعد از فسخ به مدت معینی امکان عدول از فسخ و در نتیجه احیای قرارداد فراهم شود. امکان احیای قرارداد، موافقان و مخالفانی دارد که هر کدام ادله خاصی مطرح کرده‌اند. کسانی که قائل به فساد چنین شرطی هستند، ادله متعددی ذکر کرده‌اند. برخی چنین استدلال کرده‌اند که تزلزل فسخ امری متعارف و معهود میان عقلاء عالم نیست (آقاضیاء، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۶۸).

به نظر می‌رسد این استدلال از قوت چندانی برخوردار نیست؛ چراکه نامتعارف بودن امری دلیل بر عدم جواز نیست، بلکه اگر دلیل عقلی یا سایر ادله صحت آن را بپذیرد، مانعی بر مشروع بودن آن نیست.

بدین خاطر نیز برخی از فقها از این دلیل عدول کرده‌اند و در وجه آن به غیر معقول بودن تزلزل فسخ استناد کرده‌اند. وجه غیر معقول بودن آن بدین شکل است که بتوان دوباره خود فسخ را فسخ کرد. به نظر می‌رسد این استدلال نیز از قوت چندانی برخوردار نیست؛ چراکه - همان طوری که



عده‌ای از فقها گفته‌اند - تزلزل فسخ غیر معقول نیست (یزدی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۳)؛ زیرا عقود از اعتباریات است و نمی‌توان قواعد عالم تکوین را به عالم اعتبار سرایت داد و عالم اعتبار قواعد خاص خود را داراست.

ممکن است برخی چنین استدلال کنند که ادله‌ای قول دوم - یعنی عدم امکان عدول از فسخ - نافی صحت قول به صحت اشتراط عدول است. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه قائل به عدم امکان صحت عدول از فسخ شدیم، قول به صحت اشتراط با نظر مختار در تعارض است. در پاسخ می‌توان گفت که با توجه به تحلیلی که خواهد آمد مشمول ادله قول دوم نخواهد بود. توضیح مطلب اینکه در فقه اسلامی، نهادهایی با عنوان «تزلزل»، «تأهل»، «شأن» پیش بینی شده است که در موارد متعددی فقها بدان استناد کرده‌اند. این نهادها در قبال «تام»، «فعلیت» قرار دارد. به نظر می‌رسد این نهاد قابل استفاده در مسئله مورد نظر نیز است؛ بدین صورت که اگر در ضمن قراردادی شرط شود که بعد از فسخ امکان عدول وجود داشته باشد، در واقع فسخ به نحو متزلزل است، در نتیجه، شرط شده است که در صورت فسخ، رجوع به قرارداد ممکن باشد؛ لذا تا این شرط وجود دارد، فسخ قرارداد به نحو قطعی انجام نشده است، بلکه به نحو متزلزل و مشروط است و تزلزل فسخ امری گرچه غیر متعارف است، لکن امری غیر معقولی نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۳۵۴).

به واقع در فسخ متزلزل، قرارداد شبیه موجودی است که روبه موت است لکن هنوز جان در بدن دارد. از این رو شبیه ملکیت متزلزل - در مقابل ملکیت تام - است که فقها در مواضعی همچون عقدی که مشروط به خیار است، تأسیس کرده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۰۲). همچنین شبیه عقدی که صحت تأهلی دارد، همان طوری که در عقد فضولی برخی چنین تعبیر کرده‌اند (خویی، [بی تا]، ج ۴، ص ۲۸۱). در دو مورد مذکور ملکیت و صحت امری مشکک در نظر گرفته شده است. در فسخ متزلزل نیز فسخ امری مشکک است و ذی‌المراتب است: فسخ تام، فسخ متزلزل. حتی می‌توان ادعا کرد که امری نامتعارف نیست؛ چراکه در برخی از نظام‌های فقهی و حقوقی چنین رتبه بندی دیده می‌شود، برای مثال در فقه حنفیون نهاد فساد وجود دارد و عقد در حالت میانه میان صحت و بطلان قرار دارد و عقد نه مرده کامل است و نه موجود کامل.

به هر روی، بعد از فسخ مشروط، از آن جهت که فسخ به نحو قطعی صورت نگرفته، قرارداد دارای شأنی از وجود است و این شأنیت قابل ترتیب اثر است؛ چراکه فقها در موارد متعددی - به

مراتب ضعیف‌تر از شأنت مذکور — بر وجود شأنتی ترتیب اثر داده‌اند. برای مثال برخی از فقیهان گفته‌اند که وقتی ملکی بر چند طبقه از موقوف علیهم وقف می‌شود، طبقه موجود مالکیت فعلی دارد و طبقات معدوم مالکیت شأنتی دارند. این فقها باتوجه به این تقسیم بندی، گفته‌اند که اگر موقوف علیهم بنا بر شرایطی مجبور به فروش عین موقوفه شده‌اند، طبقه معدوم نیز مالکیت شأنتی دارند؛ لذا باید مصالح طبقه معدوم نیز در نظر گرفته شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۶۴). یکی دیگر از این موارد، خیار شأنتی است. توضیح مطلب اینکه یکی از موارد مسقط خیار عیب، تبری باع از عیوب است. در این فرع فقهی این سوال مطرح شده است که آیا با صرف تبری، صرفاً خیار ساقط می‌شود و بقیه احکام آن می‌ماند یا اینکه من جمیع الوجوه خیار ساقط می‌شود؟ برخی از فقها به استناد اینکه قبلاً چون خیار داشته است (خیار شأنتی)، حکم به ضمان باع در صورت تلف مبیع داده‌اند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۳۹، ص ۲۲۵). همچنین در عقد فضولی، فقها عقد را قبل از اجازه مالک اصلی موصوف به صحت تأهلی می‌کنند (خویی، [بی تا]، ج ۴، ص ۲۸۱).

با این تحلیل، روشن می‌شود که قرارداد هنوز به نحو قطعی نابود نشده است، در نتیجه هیچ یک از ادله قول دوم شامل قرارداد مشروط به عدول از فسخ نمی‌شود؛ چراکه دلیل اول مبنی بر اینکه بعد از فسخ، عقدی وجود ندارد و همچنین قاعده «الساقط لا یعود»، شامل این مورد نمی‌شود؛ زیرا همان طوری که گفته شد قرارداد دارای شأنت و وجودی است و به نحو قطعی پایان نیافته است و دو دلیل «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» و قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم»، نیز شامل مسئله نمی‌شود؛ چراکه اولاً: هنوز قرارداد به نحو قطعی پایان نیافته و مالکیت شأنتی بر عوضین وجود دارد؛ لذا نه مسمول اکل به مال باطل است، نه در تعارض با قاعده سلطنت بر اموال، ثانیاً: مالکین خود با پذیرش شرط، رضایت خودشان را اعلام کرده‌اند؛ لذا مصداق «تجارة عن تراض» و «سلطنت مشروع» خواهد بود.

همچنین ممکن است استدلال شود که عقد طرفینی است؛ بدین معنا است که نیاز به دو طرف عقد دارد؛ لذا در مسئله مورد نظر احیاء قرارداد توسط یک نفر چگونه ممکن است؟ این دلیل با این اشکال مواجه است که در زمان عقد طرفین وجود داشته است و طرفینی بودن زمان شرط کافی است. در واقع در حکم موردی است که شخصی از طرف باع و مشتری وکیل در خرید کالایی می‌شود و در مسئله مورد نظر نیز طرف قرارداد چنین اختیاری را به ذی‌الخیار می‌دهد.

علاوه بر ادله مذکور می‌توان به اجماع اندیشوران نیز استناد کرد. صاحب‌نظران بر عدم

مشروعیت فسخ مشروط اجماع و اتفاق نظر دارند؛ چراکه قریب به اتفاق فقها جعل شرط خیار در ضمن اقاله را مشروع نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۴) و کسانی که جعل خیار را در ضمن مشروع می‌دانند، در وجه تعلیل خود به ماهیت عقد بودن و تعهد بودن آن نه فسخ بودن اقاله نظر دارند (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۲۴)؛ لذا می‌توان استظهار کرد که میان اندیشمندان اتفاق نظر وجود دارد، حتی کسانی که با جعل خیار ضمن اقاله موافق هستند، با جعل خیار در ضمن فسخ مخالف هستند.

به نظر می‌رسد این اجماع مدرکی است و سرمنشأ آن غیر متعارف بودن و غیر معقول بودن آن است؛ چراکه در لسان قریب به اتفاق فقهای که به این مسئله پرداخته‌اند، دو دلیل مذکور به انحاء مختلف آمده است.

برای صحت این شرط نیز می‌توان چنین استدلال کرد که اولاً: فقها برای صحت شرط چهار مشخصه ذکر کرده‌اند: غیر مقدور نباشد، دارای منفعت عقلایی باشد، مخالف کتاب و سنت نباشد، مجهول نباشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۶۸) و شرط احیای قرارداد شرایط مذکور را داراست؛ لذا دلیلی برای بطلان آن وجود ندارد؛ ثانیاً عموماً ادله همچون «المومنون عند شروطهم» شامل این شرط نیز می‌شود؛ همچنان که بسیاری از فقها برای مشروعیت بسیاری از شروط به عموماً ادله همچون دلیل مذکور استناد می‌کنند (عاملی حسینی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۳۶۵)؛ ثالثاً اصل صحت شرط است؛ گرچه میان فقهاء اختلاف شده است که آیا اصل صحت شروط ضمن عقد است یا فساد این گونه شروط؟ (سید مجاهد، ۱۲۹۶، ص ۵۴۰) ولی نظر مشهور فقها این است که اصل صحت شروط است و اصل مذکور شامل شرط مذکور نیز می‌شود.

صحت چنین شرطی قولی شاذ نیست؛ چراکه برخی از فقها صراحتاً صحت اقاله مشروط را بعید ندانسته‌اند، از آن جمله قول مرحوم طباطبایی یزدی است که از آن تعبیر به «لایبعد جوازه» می‌کنند (یزدی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۳). برخی دیگر از فقها نیز به صراحت آن را پذیرفته‌اند (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۲۴). اگرچه میان اقاله و فسخ تفاوت وجود دارد و اقاله منوط به اراده طرفین قرارداد است ولی فسخ به اراده ذی‌الخیار است، ولی ادله کسانی که با اقاله اقاله و فسخ اقاله مخالف هستند، ناظر بر خود فسخ است. لذا از این رو ادله مطرح شده در اقاله در مسئله مورد نظر ما نیز قابل طرح است. بنابراین دیدگاه این فقها می‌تواند مؤید پذیرش استثنا باشد.

## نتیجه

۱. عدول از فسخ قرارداد بدین مفهوم است که یکی از متعاقدين يا هر دو بعد از اینکه قرارداد را فسخ کرده‌اند، با نادیده گرفتن فسخ و رجوع به قرارداد، امکان احیای قرارداد را فراهم می‌کنند. عدول از فسخ قرارداد زمانی محقق می‌شود، که به نحو تام انشا شده باشد و تمامیت انشا به اعلام فسخ به طرف قرارداد است.

۲. عدول از فسخ قرارداد در کتب متداول به طور خاص مطرح نشده است، با وجود این عدول مفهوم بیگانه‌ای در ادبیات فقهی و حقوقی نیست؛ مفاهیمی از قبیل رجوع؛ مانند رجوع از ابراء، رجوع از وصیت، رجوع از هبه، رجوع از شهادت، رجوع از اقرار، رجوع از صدقه و... و قواعدی همچون «الساقط لا یعود» متضمن بحث از عدول هستند.

۳. در باب عدول از فسخ دو قول عمده قابل طرح است: صحت عدول از فسخ و عدم صحت عدول از فسخ.

۴. برای قول به اعتبار عدول از فسخ می‌توان به ادله‌ای همچون قیاس، الغای خصوصیت و استصحاب و برای قول به عدم اعتبار می‌توان به ادله الساقط لا یعود، اکل مال به باطل، قاعده الناس مسلطون علی اموالهم، قاعده اختلال نظام، قاعده حرج استناد کرد.

۵. عدول از فسخ در نظام فقهی و حقوقی ما ممکن نیست، ولی می‌توان شرط ضمن عقد را به عنوان استثناء بر نظریه عدم صحت عدول از فسخ مطرح کرد؛ بنابراین متعاقدين در ضمن قرارداد خود شرط می‌کنند که اگر قرارداد به نحوی از انحاء از جمله فسخ، به پایان رسید، به جهت حیات نسبی قرارداد می‌توان آن را احیاء کرد.

## منابع

١. آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر؛ کتاب القضاء؛ ج ١، قم: انتشارات زهیر — کنگره علامه آشتیانی، ١٤٢٥ق.
٢. ابن زهره، حمزة بن علی؛ غنية النزوع إلى علمی الأصول والفروع؛ قم: مؤسسه امام صادق، ١٤١٧ق.
٣. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ٨ و ١١، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٣ق.
٤. استرآبادی، محمد جعفر؛ البراهین القاطعة؛ قم: مؤسسه بوستان کتاب، ١٤٢٤ق.
٥. اصفهانی، محمد حسین؛ حاشیه کتاب المكاسب؛ ج ٤، قم: ذوی القربی، ١٤١٧ق.
٦. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین؛ کتاب المكاسب؛ ج ٣، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ١٤١٥ق.
٧. بحرانی، یوسف بن احمد؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ٢٥، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ١٤٠٥ق.
٨. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی؛ العناوین الفقهیة؛ قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ١٤١٧ق.
٩. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ إرشاد الأذهان؛ ج ١، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٠ق.
١٠. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ٥، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٤ق.
١١. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ قواعد الأحكام؛ ج ٣، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٣ق.
١٢. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ٣، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٣ق.
١٣. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تحریر الأحكام علی مذهب الإمامیة؛ ج ٤، قم: مؤسسه امام صادق، ١٤٢٠ق.
١٤. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ مبادئ الوصول إلى علم الأصول؛ قم:

- دارالأضواء، [بى تا].
١٥. حلّى، ابن ادريس؛ السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ٣، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٠٣ق.
١٦. حلّى، جمال الدين؛ المهذب البارع فى شرح المختصر النافع؛ ج ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤٠٧ق.
١٧. حلّى، مقداد سيورى؛ التنقيح الرائع لمختصر الشرائع؛ ج ٢، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، ١٤٠٤ق.
١٨. حلّى، نجم الدين؛ المختصر النافع فى فقه الإماميه؛ ج ١، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، ١٤١٨ق.
١٩. زحيلي، محمد مصطفى؛ القواعد الفقيهيه و تطبيقاتها فى المذاهب الأربعة؛ ج ١، دمشق: دارالفكر، ١٤٢٧ق.
٢٠. سبزواري، محمدباقر بن محمد؛ كفاية الأحكام؛ ج ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤٢٣ق.
٢١. سيوطى، نجم الدين؛ الاشباه والنظائر؛ بيروت: دارالكتب العلميه، ١٤١١ق.
٢٢. شريف مرتضى، على بن حسين؛ الانتصار؛ قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٥ق.
٢٣. شوكانى، محمد بن على؛ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول؛ ج ٢، مصر: مطبعة مصطفى البابى، ١٣٥٦ق.
٢٤. صدر، سيد محمدباقر؛ دروس فى علم الأصول؛ ج ٢، ٢، بيروت: دارالكتاب اللبنانى، ١٤٠٦ق.
٢٥. طباطبايى كربلايى، على بن محمد على؛ رياض المسائل؛ ج ١١، قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ١٤١٨ق.
٢٦. طوسى، خواجه نصير الدين؛ الأنوار الجلالية؛ مشهد: مجمع البحوث الإسلاميه، ١٤٢٠ق.
٢٧. طوسى، محمد بن حسن؛ المسوط فى فقه الإماميه؛ ج ١، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ق.
٢٨. عاملى، سيد جواد بن محمد؛ مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة؛ ج ٢٠، قم: دفتر

- انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
۲۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية؛ ج ۲، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۳۰. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۶، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
۳۱. عجمی، نایف محمد؛ الرجوع في الفقه الإسلامي؛ كويت: جامعة الكويت، ۱۴۲۲ق.
۳۲. عراقی، آقاضیاء الدین و علی كزازی؛ شرح تبصرة المتعلمين؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
۳۳. فاضل هندی، محمد بن حسن؛ كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۳۴. فخرالمحققين، محمد بن حسن؛ إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد؛ ج ۴، قم: اسماعيليان، ۱۳۸۷ق.
۳۵. فیاضی، مسعود؛ «تفاوت تنقيح مناط و الغای خصوصیت با قیاس»، حقوق اسلامی، ش ۴۲، پاییز ۱۳۹۳، ص ۹۷ - ۱۱۷.
۳۶. فیض، محمد محسن؛ مفتاح الشرائع؛ ج ۳، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، [بی تا].
۳۷. قزوینی، سید علی؛ ینایع الأحكام في معرفة الحلال والحرام؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ق.
۳۸. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، انحلال قراردادها؛ ج ۵، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷.
۳۹. کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی؛ تحرير المجلة؛ ج ۱، نجف: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ق.
۴۰. کرکی، علی بن حسین بن عبد العالی؛ جامع المقاصد في شرح القواعد؛ ج ۵، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ق.
۴۱. کلباسی، ابوالهدی؛ رسالة في حرمة الزيا؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۴۲. مامقانی، ملا عبد الله بن محمد حسن؛ نهاية المقال في تکملة غایة الآمال؛ قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۵۰ق.

٤٣. مجاهد، سيد محمد؛ مفاتيح الأصول؛ قم: مؤسسه آل البيتؑ؛ ١٢٩٦ق.
٤٤. محقق داماد، سيد مصطفى؛ قواعد فقه؛ ج١، ج١٢، تهران: نشر علوم اسلامي، ١٤٠٦ق.
٤٥. مطهرى، مرتضى؛ مجموعه آثار؛ ج٩، تهران: صدرا، ١٣٧٦.
٤٦. مفيد، محمد بن محمد؛ المقنعة؛ قم: كنگره جهاني هزاره شيخ مفيدؑ، ١٤١٣ق.
٤٧. مكى عاملى (شهيد اول)، محمد؛ الدروس الشرعية فى فقه الإمامية؛ ج٢، قم: مؤسسة النشر الإسلامى، ١٤١٢ق.
٤٨. مكى عاملى (شهيد اول)، محمد؛ غاية المراد فى شرح نكات الإرشاد؛ ج٣، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، ١٤١٢ق.
٤٩. المنصور، أنيس منصور و خالد رضوان السمامعه؛ «أحكام التجديد التلقائي لعقد الإيجار دراسة تحليلية تطبيقية فى القانون الأردني»، علوم الشريعة والقانون؛ ش١، ٢٠١٥، ص١٤٧-١٦١.
٥٠. نجفى (كاشف الغطاء)، جعفر بن خضر مالكي؛ كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء؛ ج٣، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤٢٢ق.
٥١. هاشمى، سيد محمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيتؑ؛ ج٥، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيتؑ، ١٤٢٦ق.
٥٢. هيثمى، ابن حجر؛ الفتاوى الفقهية الكبرى؛ ج٣، بيروت: المكتبة الإسلامية، [بى تا].
٥٣. يزدى طباطبايى، سيد محمد كاظم؛ العروة الوثقى (المحشى)؛ ج٥، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٩ق.