

# مقاله پژوهشی - فصلنامه علمی رسایات

سال هفدهم، شماره ۶۴، پاییز ۱۴۰۲  
صفحه ۴۹ تا ۶۶

## حقوق مدنی و تحولات سیاسی - اجتماعی در ایران قبل و بعد از انقلاب اسلامی

جمشید کریمی / دانشجوی گروه حقوق، واحد بین الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، جزیره کیش، ایران

حسن بادینی / دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

hbadini@ut.ac.ir

بختیار عباسلو/ استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

### چکیده

با حوادث بعد از مشروطه و تشکیل دولت مدرن در ایران، رکن قانون، که یکی از بنیادهای دولت مدرن قرار گرفت. در همین راستا، علی‌اکبر داور با همراهی مجلس و همت کمیسیونی از علمای تراز اول که به فقه و حقوق جدید اشراف داشتند، دست به کار تدوین قانون مدنی شدند، که خروجی آن در واقع ابتدای قانون مدنی بر فقه امامیه بود که برخی به‌درستی آن را «فقه فارسی» نامیده‌اند. در قانون مدنی تعادلی سازنده و دیالکتیکی بین فقه امامیه و حقوق جدید ایجاد شده بود که شاهکاری از قانونگذاری را ایجاد کرد. پرسش اصلی این مقاله آن است که تعامل فقه و قانون در قانون مدنی در قبل و بعد از انقلاب چگونه است. فرضیه مقاله آن است که در تدوین قانون مدنی این تعامل به دلیل وجود علمایی که هم فقیه بوده‌اند و هم حقوق جدید می‌دانستند به نحو اعلا رعایت شده است. یافته‌های تحقیق نشان داده است که اگرچه ساخت حقوقی ایران در حوزه قانون مدنی تقریباً ثابت مانده است، اما از جهاتی به دلیل خارج شدن از تعادل میان قانون و منابع فقهی، و تفاسیر متعدد از مواد قانونی، در برخی از موارد مشکلاتی مشاهده می‌شود که نیازمند تدقیق در قوانین است. رویکرد مقاله توصیفی-تحلیلی و روش جمع‌آوری داده‌ها کتابخانه‌ای بوده است.

**کلیدواژه:** خیار، شرط، قانون مدنی، فقه امامیه، دولت مدرن، علی‌اکبر داور

تاریخ تایید: ۱۴۰۲/۰۵/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۴

این مقاله برگرفته از رساله دکتری آقای جمشید کریمی می‌باشد

## مقدمه

دولت مدرن و تدوین قانون دو پدیده همزمان‌اند. اساساً فرض وجود دولت بدون ایجاد یک نظام حقوقی واحد که بر سرتاسر قلمرو حکمرانی به نحو یکسانی اعمال شود، محال است. چنین قانونی برای آن پدید می‌آید که به گونه‌ای یکنواخت و متحدالشکل در سراسر قلمرو ارضی عمل کند، و استانها و ایالات نیز این توانایی را دیگر از دست می‌دادند که خودمختاری قضایی داشته باشند. حاکمیت از طریق این قوانین تمامی جمعیت را مورد خطاب قرار می‌دهد. روابط کلی و انتزاعی تنظیم می‌گردد و مقررات در هر جا و هر زمان قابل اجرا می‌گردد (پوجی، ۱۳۹۸: ۱۲۲). تکوین دولت مدرن در ایران نیز از این قاعده مستثنی نبود.

مدرنیزاسیون دولت پهلوی اول تمام ساختارهای اداری-اجرایی کشور را متحول کرد که ساختار قضایی را نیز شامل شد. علی‌اکبر داور بنیانگذار دادگستری نوین که در اصلاحات قضایی پیشتاز گردید، از سال ۱۳۱۶-۱۳۰۴ با جدیت توانست تعدادی از قوانین لازم را به تصویب برساند از جمله قانونهای استخدام قضات، حکمیت، مرور زمان، ثبت اسناد و املاک، مجازات مختلسین، مجازات مرتکبین قاچاق، محاکمه وزراء و هیئت منصفه، مجازات عمومی، مقررات اجرای لوایح، اختیارات وزیر عدلیه، مقررات حقوق و رتبه‌های قضایی و مواردی دیگر (زندیه، ده پهلوانی، ۱۳۹۱: ۷۲). در این بین یکی از مهم‌ترین قوانینی که با مساعی داور و تصویب کمیسیون عدلیه تدوین شد، قانون مدنی بود که در سال ۱۳۰۷ شمسی توسط داور به مجلس ارائه شد. اگرچه وظیفه اصلی این قانون تنظیم روابط قراردادی و خارج از قرارداد اشخاص جامعه است اما در عمل، ضوابط قانون مدنی، حقوق کیفری، عمومی، تجاری و مانند اینها را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. به همین علت است که شناخت همه جانبه قانون مدنی ارزشمند است زیرا محور اصلی نظام حقوقی هر کشور به شمار می‌آید (زندیه، ده پهلوانی، ۱۳۹۱: ۷۲).

تأثیرپذیری قانون مدنی از فقه امامیه به حدی است که انتقاد برخی از روشنفکران را در پی داشته است؛ از جمله دکتر سید علی شایگان یکی از نخستین کسانی که بر قانون مدنی ایران شرح نوشته در این زمینه اظهار داشته: «طرز تألیف و روش قانون مدنی تقریباً تقلید بی‌تصرفی است از فقه و تقسیم‌بندی آن قانون هم نتیجه همین تقلید است. توضیح آن که مترجمین قانون مدنی سعی داشته‌اند حتی الامکان فصول و تقسیمات فقه را نگاه دارند و در آن دست نبرند و حال آن که بهتر بود در تدوین قانون مدنی، ترتیب و روش و تقسیم‌بندی قوانین جدید دنیا را هم در نظر می‌گرفتند. از فقها نمی‌توان چنین توقعی داشت ولی معلوم

نیست سایر اعضای کمیسیون که به حقوق جدید آشنا بوده‌اند به چه دلیل از اظهار نظر امتناع کرده، یا نتوانسته‌اند حرف خود را به کرسی بنشانند (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۵۱)»

در کمیسیون تدوین قانون مدنی، تمام بحث‌ها و نظرات توسط اعضا صورت می‌گرفت و امتزاج و تلفیق آرا و یادداشت‌ها و نگارش مواد قانون مدنی توسط یک نفر پرداخته می‌شد. این امر خطیر که اصلی‌ترین کار تهیه قانون مدنی بود، بر عهده سیدمحمد فاطمی و سایر اعضای کمیسیون که همگی پایگاه‌های روحانی داشتند، گذاشته شد. در این مقاله گذار از فقه به قانون در فرایند تکوین دولت مدرن در ایران با توجه به تحولات پیش و پس از انقلاب اسلامی مطالعه شده و مورد مطالعاتی خیار شرط از نزدیک بررسی خواهد شد.

### نقش و جایگاه حقوق مدنی

حقوق مدنی (Civil law) از نظر تاریخی ریشه در حقوق مدنی رومی دارد که آن را ژوس سیویله (Jus civile) می‌نامیدند؛ که در تعریف آن آورده بودند «تمام مردمانی که با قانون و رسوم اداره میشوند از قوانینی تبعیت می‌کنند که بخشی از آن خودشان و برخی مشترک بین تمام انسانها است. آن قوانینی که هر قومی برای خودش ساخته مخصوص آن شهر است و به آن حقوق مدنی (Jus civile) می‌گویند (دانثرو، ۱۴۰۰: ۹۲). عموماً همین تعریف از حقوق بعد از انقلاب مشروطه و به واسطه حقوق مدنی فرانسه - که به کد ناپلئونی نیز معروف بوده - به ایران منتقل شده است. «حقوق مدنی» در مفهوم شخصی بر دو دسته از حقوق فردی دلالت دارد: (۱) حقوق مدنی نسبی، به معنای حقوق و امتیازهای ناشی از حکومت قانون بر موقعیت خاص حقوقی؛ و (۲) حقوق مدنی مطلق، به معنای حقوق و آزادیهای عمومی مربوط به حیثیت انسانی که آحاد بشر، صرفاً به خاطر انسان بودن مستقیماً، مطلقاً و بدون توجه به وضعیت حقوقی خاص دیگری از آن برخوردار هستند. در ادبیات حقوقی معاصر به این دسته از حقوق، «حقوق مدنی بشر» نیز اطلاق می‌شود (ایمانیان، شمس و تفرشی، ۱۳۸۲: ۱). حقوق مدنی بخشی از حقوق خصوصی است که در مقابل حقوق عمومی قرار می‌گیرد. حقوق خصوصی ناظر بر روابط میان افراد است ولی حقوق عمومی غالباً بر رابطه فرد و دولت حاکم است. حقوق مدنی معمولاً دارای زیربخشهایی است که از آن جمله است: حقوق اشخاص؛ حقوق اموال؛ حقوق قراردادهای و تعهدات؛ حقوق مسئولیت مدنی؛ حقوق خانواده؛ حقوق ارث و وصیت (دانش پژوه، ۱۳۹۱: ۳۹).

تا پیش از انقلاب مشروطیت قانون به معنای مدرن آن از عرصه حقوقی ایران غایب بوده است. بعد از مشروطه و تشکیل مجلس قانون شکل رسمی شده حقوق را به خود

گرفت و از منابع مختلفی تغذیه کرد. اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه تاکید داشت که قوانین مجلس باید به تایید هیات فقهای ناظر برسد که تضادی با شریعت اسلامی نداشته باشد. تکلیفی که بعد از انقلاب اسلامی به شورای نگهبان محول شد. با شکل گیری چنین نهادی ساخت حقوقی در ایران بیش از پیش اسلامی شد و به تعبیری «منطق تقنین» کاملاً بر اسلامی بودن محتوای نظام حقوقی (راسخ، ۱۳۸۸: ۱۳) استوار شد. با این حال، اگرچه این منطق تقنین اسلامی در نظام حقوقی ایران بعد از انقلاب در تمام مجموعه قوانین موضوعه اعمال شد ولی چندان تغییراتی در قانون مدنی ایجاد نکرد. این ثبات قوانین در حالی بوده که قانون مدنی از جهاتی قانون مادر کشور محسوب می شود، چرا که بر بیشترین گستره روابط اجتماعی و انسانی حاکمیت دارد و بر همه زندگی افراد از پیش از تولد تا پس از مرگ حاکم است. این که چرا قانون مدنی فعلی ایران توانسته اولاً برای دهه ها دوام بیاورد و به تمسیت مناسبات بین افراد پردازد، و از سویی دیگر، کمترین تنش و تعارض را با فقه شیعه و شریعت اسلامی داشته باشد، نکات تأمل برانگیزی است که پاسخ آن را باید در تاریخچه و چگونگی تدوین آن جستجو کرد.

### داور و قانون مدنی

علی اکبر داور، سه روز بعد از انتصاب به وزارت عدلیه در روز بیستم بهمن سال ۱۳۰۵ در روزنامه اطلاعات آگهی کرد «کلیه تشکیلات عدلیه موجوده در طهران از فردا منحل است.» که با مخالفت سیداحمد بهبهانی، فرزند سیدعبدالله بهبهانی، روبرو شد که این کار بمنزله تعطیل اساس مشروطیت است. بعد از اینکه داور توضیح داد این تعطیلی برای اصلاح قوانین است، شهید مدرس از او حمایت کرد و در نهایت مجلس اجازه اصلاح قوانین و تشکیلات محاکم و نحوه استخدام را برای مدت چهار ماه به وزیر عدلیه واگذار کرد. در ابتدا قصد داور اقتباس از قوانین اروپایی بود ولی اقدام او با واکنش هایی روبرو شد. از جمله با انتقادات مصدق: «باید مملکت را همیشه اصل اسلامیت حفظ کند فقط، ...» (عاقلی، ۱۳۹۸: ۱۴۹). لذا داور مجمعی از فقها و مطلعان را گردآورد تا حتی الامکان مطلبی برخلاف شرع تصویب نشود. برای تدوین قانون مدنی هیئتی انتخاب شدند که بیشتر ایشان از فقیهان متبحر و دانشمندان واجد صلاحیت بودند (مکی، ۱۳۷۴: ۴۶۶). اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی عبارت بودند از سیدمحمد فاطمی قمی، سیدنصرالله تقوی، شیخ محمدعلی کاشانی، میرزا محمد ایروانی، شیخعلی بابا فیروزکوهی، محسن صدر (صدرالاشراف)، سید کاظم عصار و مصطفی عدل (منصور السلطنه).

به اهتمام این کمیسیون قانون مدنی بر مبنای فقه تدوین گردیده که این امر پدیده بدیعی در تاریخ حقوق کشورهای اسلامی بود. قانون مدنی به طور کلی از منابع فقه شیعه

ترجمه و خلاصه‌نویسی شده ولی به وضوح آن منابع مشخص نشده اما به نظر می‌رسد از کتبی نظیر لمعه، شرح لمعه، شرایع الاسلام، تذکره علامه، جواهر، مکاسب، و عروه الوثقی استفاده شده است (امینی، ۱۳۵۹: ۱۲۰). مأخذ قانون مدنی بیشتر منابع فقه امامیه است مانند: شرح لمعه شهیدین و شرایع محقق و مکاسب شیخ مرتضی انصاری استفاده نمودند (امین، ۱۳۸۲: ۵۱۲). همچنین آنان اقوال مشهور فقهای شیعه که مورد ارجاع علما و حوزه‌های علمیه قرار می‌گرفت، به زبان فارسی درآوردند و مبوب ساختند. کتاب‌های حقوقی مربوط به تاریخ حقوق مدنی و حقوق کشورهای اسلامی نظیر: الاحکام الجعفریه فی الاحوال الشخصیه تألیف شیخ عبدالکریم حلی، شرح القانون المدنی تألیف احمد فتحی زغلول، شرح استاد سلیم رستم باز بر قانون و مجله الاحکام العدلیه تألیف سلیم رستم باز که قانون مدنی عثمانی بود، مطالعه کردند. ترجمه بسیاری از قوانین ملل اروپایی به ویژه قانون مدنی بلژیک، سوئیس و فرانسه مورد بررسی کمیسیون واقع شد و به ویژه در تدوین جلد‌های دوم و سوم (از ماده ۹۵۶ تا ۱۳۳۵) بسیار مورد استفاده قرار گرفت (شایگان، ۱۳۲۴: ۲۴). صدرالاشراف نحوهٔ مراجعه به آراء و اقوال فقهی را چنین بیان کرد که در کمیسیون مقرر شد که چون فتاوی علمای اعصار اخیر اغلب مطابق آرای مشهور متأخرین از فقها درجه اول یعنی از زمان شیخ طوسی و محقق و علامه حلی به بعد است؛ قانون مطابق رأی مشهور از علمای متأخرین تدوین شود. چه بسا لازم بود برای یک ماده، به چندین کتاب از کتب مفصلهٔ فقهی مراجعه شود و غالباً مباحثات در یک ماده دو، سه جلسه طول میکشید و قواعد علامه، شرح لمعه شهیدین، شرایع محقق و مکاسب شیخ مرتضی انصاری، متون اصلی مورد مراجعه کمیسیون مزبور بود (صالح، ۱۳۴۳: ۲۶۹). در جلد اول عمده مواد مقدمه و تقسیم اموال به منقول و غیرمنقول (حائری، ۱۳۷۶: ۱/ ۹۴-۶۸) و همچنین پارهایی از مواد راجع به عقود و قراردادها از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، و برخی را با مراجعه به قوانین خارجه، مخصوصاً قانون سوئیس که خیلی مفصل است نوشته اند در قسمت‌هایی عین عبارت ذکر شده، مثل تکالیف زوجین و حقوق خانوادگی (حائری، ۱۳۷۶: ۱/ ۴۳). نویسندگان قانون مدنی از هر حیث واجد صلاحیت برای این امر خطیر بودند. اکثریت آنان به زبان فرانسوی آشنایی داشتند و برای موضوعات تازهٔ حقوق به قوانین مدنی فرانسه، بلژیک و سوئیس مراجعه می‌کردند. این مطلب را وزیر عدلیه در مجلس صریحاً بیان کرده است که مواد قانون مدنی در بسیاری از موارد ترجمهٔ مستقیم از موارد مشابه در حقوق فرانسه و کشورهای اروپایی است اما مواد مربوط به احوال شخصیه در موارد متعددی، تدوین مجدد احکام اسلامی بود (حائری، ۱۳۷۶: ۱/ ۴۳). جلد اول قانون مدنی در مورد موضوعات عمومی بود و در امور مرتبط با احوال شخصیه که تدوینی مجدد از احکام

اسلامی بود، مجلس مجلد این قانون را بدون گفتگو با یک قیام و قعود تصویب کرد و به اختلاف اقوال فقها در مجلس خاتمه داد (صالح، ۱۳۴۸: ۲۳۷-۲۳۶).

در قانون مدنی نمونه‌های متعددی وجود دارد که نویسندگان شکل و قالب را از قانون مدنی فرانسه گرفته، اما محتوا را برای انطباق با فقه امامیه تغییر داده‌اند. به عنوان مثال، ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران در مبحث اول از فصل ششم (در سقوط تعهدات)، از باب اول (در عقود و تعهدات به طور کلی)، از قسمت دوم (در عقود و معاملات و الزامات)، از کتاب دوم (اسباب تملک) از جلد اول قانون مدنی تحت عنوان: «در وفای به عهد» واقع است. این فصل و عنوان آن از بخش پنجم از عنوان سوم از کتاب سوم قانون مدنی فرانسه با عنوان: «در سقوط تعهدات (De l'extinction des obligations)»، اقتباس شده است. قسمت اول این بخش در قانون مدنی فرانسه با عنوان «Du payment» نامیده شده که در چند ماده احکام ایفای تعهد را بیان کرده است. تدوین کنندگان قانون مدنی این عنوان را به «در وفای به عهد» ترجمه کرده و عنوان مبحث اول از فصل ششم قرار داده‌اند. نخستین ماده از فصل مربوط به وفای به عهد در قانون مدنی فرانسه، ماده ۱۲۳۵ بوده که ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران از آن اقتباس شده است. ماده ۱۲۳۵ ق.م. فرانسه مقرر داشته: «هر پرداختی مستلزم وجود دین است: آنچه بدون وجود دین پرداخت شده، موضوع استرداد قرار می‌گیرد» (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۵۴).

به هر حال اگر نویسندگان عالم و مترجمین قانون مدنی نتوانستند نکات قانون گذاری را در وضع آن به نحو اعلاء رعایت کنند، نمی‌توان بر آنان خرده گرفت؛ زیرا اولاً اقدام آنها به خودی خود چنان ارزشی دارد که این جزئیات در مقابل آن قابل اعتنا نیست. ثانیاً واضعین قانون مدنی در کار خود مبتکر بوده‌اند و برای مبتکرین هر امر، افتخار ابتکار کافی است. بنابراین، با وضع قانون مدنی توسط علما، عرفی شدن قوانین شرع به انجام رسید (شایگان، ۱۳۲۴: ۴۱). در واقع با تدوین قانون مدنی، انقلاب مشروطیت، شکل حقوقی خودش را پیدا کرد. چرا که از آنجایی که حقوق شرع در کانون نظام سنت قدمایی ایران قرار داشت، از این رو، هر کوششی در جهت تجددخواهی می‌بایست خود را در نسبتی با آن کانون سنت قدمایی تعریف کند تا تعادلی بین سنت قدیم و اندیشه جدید برقرار کند. لذا تبدیل حقوق شرع به حقوق جدید همان تحولی بود که بنیاد مشروطه را شکل می‌داد (طباطبایی، ۱۳۸۶: ۱۵).

بنابراین از برای جمع‌بندی این تحولات می‌توان گفت که قانون مدنی ایران تجلی پیوند سنت و مدرنیته است و به‌خوبی بین قواعد حقوق بومی (فقه اسلامی) و نظام‌های حقوقی پیشرفته، سازگاری ایجاد کرده؛ این قانون از یک سو، بر پایه قواعد و فقه امامیه و از سوی

دیگر بر مبنای نهادهای حقوقی جدید (قانون مدنی فرانسه) استوار شده است؛ اما نقش این دو منبع در ساختار قانون مدنی ایران، یکسان نیست. برخی از مواد قانون مدنی فرانسه به دلیل عدم مغایرت با فقه اسلامی عیناً وارد قانون مدنی شده است، اما محتوای بسیاری از مواد اقتباس شده از قانون مدنی فرانسه برای انطباق با فقه امامیه، با دقت و مهارت تغییر داده شده است. همچنین بخش عمده‌ای از مواد قانون، به‌ویژه در فصل مربوط به عقود معین، عیناً از فقه امامیه اقتباس شده است. هم‌تدوین‌کنندگان قانون مدنی بر آن بوده که ساختار قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه پی‌ریزی گردد. بدین‌سان، شکل و تقسیم‌بندی کلی را از قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده، اما محتوی را بر اساس فقه امامیه تهیه کرده‌اند. تأثیر فقه امامیه بر قانون مدنی به حدی است که برخی اساتید به‌درستی، آن را «فقه فارسی» نامیده‌اند (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۴۹).

### تحولات حقوق مدنی پس از انقلاب

بعد از انقلاب مشروطیت دو موج اسلامگرایی (روحانیون) و تجددخواهی (روشنفکران) در نظام حقوقی ایران ایجاد گردید. به اعتقاد برخی از نویسندگان، روند توسعه حقوقی و قضایی، بعد از انقلاب مشروطیت تا انقلاب اسلامی ایران، به نفع تجددخواهان بوده (امین، ۱۳۷۷: ۵۲۸)، اما در واقع با تدوین قانون مدنی به همت داور و با حضور کمیسیون از علما که هم بر فقه مسلط بودند و هم آگاهی‌هایی قابل توجه از قانون‌های غربی داشتند، دیالکتیکی از فقه و قانون رخ داد که در نهایت سنتز آن را در قانون مدنی شاهد هستیم. به این اعتبار، حقوق مدنی محل اجماع نظام حقوقی قدیم (فقه) و نظام حقوقی جدید (قانون) شد و تنش بین این دو به حداقل کاهش یافت. با پیروزی انقلاب، یکی از این دو جریان دست بالا را یافت و حقوق اسلام به عنوان نظام حقوقی ایران برگزیده شد و تمام نهادهای حقوقی را در خدمت این آرمان گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۸۳). فرادستی فقه مشکلات متعددی را در نظام حقوقی ایران ایجاد کرد که مهم‌ترین آنها «دو زبانه» شدن کلیت نظام حقوقی ایران بود.

به موجب اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. همچنین قانون اساسی با پذیرش اصل تفکیک قوا و سیستم قوای سه‌گانه، تأکید کرده است که کلیه قوای سه‌گانه تحت نظر ولی فقیه انجام وظیفه می‌کنند (اصل ۵۷). به موجب اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل، در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند. به موجب اصل ۷۲ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد و تشخیص این امر به ترتیب مقرر

در اصل ۹۶ قانون اساسی، بر عهده شورای نگهبان است. از روح قانون اساسی و صراحت اصول آن در باب قانون‌گذاری (اصول ۹۲-۷۱)، خصوصاً با توجه به اصول مندرج در فصل سوم استنباط می‌شود که منظور از قانون، مصوبات قوه قانون‌گذاری است. البته در موارد خاصی ممکن است تصویب قانون بر اساس اصل ۵۹ از طریق مراجعه به آرای عمومی (Référéndum) صورت گیرد. بنابراین، در حقوق ایران پذیرفته شده است که قوانین موضوعه باید بر اساس قانون اساسی در مرجع قانون‌گذاری تدوین و تصویب شود و با انجام تشریفات خاص برای اجرا ابلاغ گردد. صراحت این نظریه در امور کیفری با توجه به بند ۴ اصل ۱۵۶ قانون اساسی قطعی است (محقق داماد، ۱۳۸۳:۳۶). اما با این حال که چنین ایضاحاتی وجود دارد، معهداً، تنش و تعارضی بنیادین در ارجحیت فقه یا قانون وجود دارد که در دیگر اصول قانون اساسی متجلی شده است.

اصل یکصد و شصت و هفتم می‌گوید: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» مشخصاً اصل فوق‌الذکر قانون اساسی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی بازتاب یافته است که تصریح می‌کند قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد. اما به طرز حیرت‌انگیزی تبصره همین ماده از قانون آیین دادرسی محتوای آن را نقض می‌کند، چرا که اشعار می‌دارد، در صورتی که قاضی مجتهد باشد و قانون را در تعارض با شرع تشخیص دهد، پرونده به شعبه دیگری ارجاع می‌شود. یعنی این تبصره به نحوی ساختاری اصولاً مانع از آن می‌شود که احکامی، خارج از قوانین مدونه صادر شود. بنابراین، ساختار حقوقی ایران «دوزبانه» می‌شود. از یک سو، با تأکید بر اصل تقنین تأکید دارد که همه امور قانونی باید در دستگاه قانونگذاری کشور به تصویب برسد تا مقام قانونیت پیدا کند، و از سویی دیگر، با قول به فرادستی فقه بر این باور است که می‌توان در تعارض این دو، یا در اجتهاد قاضی، قوانین مدونه را در حاشیه گذاشت و راساً به منابع فقهی و شرعی مراجعه کرد.

استاد محقق داماد هم بر این باور است که سیستم حقوقی ایران بین این دو پارادایم در نوسان بوده و از جهاتی دوزبانه (شرعی و عرفی) است چرا که اصل ۳۶ نیز به طور صریح اصل قانونی بودن دادرسی و اصل قانونی بودن مجازات‌ها را پذیرفته است. اصل ۳۷ نیز با تأکید بر اصل قانونی دادرسی، اصل برائت را پیش‌بینی کرده است. و به طور کلی اصول ۳۴ تا ۳۹ دلالت صریح بر پذیرش قانونی بودن مجازات و دادرسی دارند. همچنین اصل ۱۶۶ مستند بودن احکام دادگاه‌ها به مواد قانون را بیان کرده و اصل ۱۶۹ قاعده عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری را تصریح نموده است. با جمع اصول مذکور و با توجه به بند ۴ اصل ۱۵۶ و نیز روح حاکم بر قانون اساسی، شکی باقی نمی‌ماند که اجازه مندرج در اصل ۱۶۷ به قضات محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقص قانون، منصرف به امور حقوقی است؛ زیرا اصل ۱۶۷ عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص، جایز نیست. لذا اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج کرده، آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۳۸).

نمونه دیگر تعارض فقه و قانونی و تنش که میان این دو ایجاد می‌شود را می‌توان در موضوع ماده ۱۳۰۹ ق.م. دید که اشعار می‌دارد «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد.» این ماده اصولاً برای آن تصویب شده تا نظم مدنی دچار تزلزل نشود، چرا که هر مغرضی می‌تواند با برساختن چند شاهد جعلی به دنبال ابطال اسناد رسمی کشور باشد. اما فقهای شورای نگهبان با توجه به حجیت شهادت در گفتمان فقهی این ماده را بی‌اعتبار اعلام می‌کنند. در تاریخ ۱۳۶۷/۸/۸، شورای محترم طی نظریه ۲۶۵۵ چنین اعلام نموده است: «پیرو سؤالی که در مورد مشروعیت ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی از شورای نگهبان شده بود، موضوع در جلسه شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت. نظر فقهای شورای نگهبان با استفاده از اصل (۴) قانون اساسی به شرح ذیل اعلام می‌گردد: ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر، فاقد ارزش دانسته خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می‌گردد.»

این نظریه در زمانی اعلام شد که موادی از قانون مدنی به صورت آزمایشی در تاریخ ۶۱/۱۰/۸ اصلاح و موادی به آن الحاق شده بود. در تاریخ ۷۰/۸/۱۴ و بعد از اعلام ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی، مجلس شورای اسلامی مصوبات اصلاحی و الحاقی آزمایشی را با تغییراتی به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی به قانون تبدیل نمود ولی در این قانون، اشاره‌ای به حذف ماده (۱۳۰۹) نشده است. اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه

۷/۱۲۹۰ مورخ ۱۳۷۷/۲/۳۰ چنین اعلام داشته است: «با توجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ ق.م. تعرضی به متن ماده (۱۳۰۹) نشده و حذف نگردیده است، ماده (۱۳۰۹) ق.م. موضوعاً دارای قدرت اجرایی است.» بنابراین مشاهده می‌شود که تعادلی که میان فقه و قانون در قانون مدنی پایه ایجاد شده بود با دوزبانه شدن نظام حقوقی ایران بعد از انقلاب در مواردی بر هم خورده است و این مسئله مشکلات متعددی را ایجاد کرده است. در ادامه ضمن بررسی یک مورد مطالعاتی (خیار شرط) تلاش می‌شود بر ابعاد این دوگانگی میان فقه و قانون تاکید گردد.

### مبنا و منشأ خیار شرط

اصل لزوم در فقه اسلامی دارای اقسامی است که بر لزوم حقی و لزوم حکمی منقسم می‌شود. منظور از لزوم حقی آن است که متعاملین این اختیار را به یکی از طرفین یا هر دو یا به شخص ثالث داده باشند که معامله لازم را بتواند بر هم زند. و از آنجا که این حق قابل جعل و اسقاط به وسیله اشخاص است آن را لزوم حقی گویند. و در برابر هرگاه حکم شرع یا قانون، معامله‌ای آن چنان باشد که نتوان آن را فسخ نمود، لزوم آن حکمی است مثلاً عقد نکاح که توسط شارع مقدس اعطا شده، حکم شرع و قانون است و نه بر حسب جعل و قرارداد طرفین عقد. به همین لحاظ آن را لزوم حکمی گویند و قابل اسقاط نمی‌باشد. (محمدی، ۱۳۹۵: ۹۵).

بنابراین، ایجاد هرگونه نهاد حقوقی، مستلزم وجود علتی است که بیانگر مبنای آن باشد و اینکه چه چیزی باعث شده که طرفین این اختیار را در ضمن عقد یا خارج آن برای خود قائل شوند و در نتیجه لزوم عقد را در هم شکنند اصولاً به علت وجود ضرری است که به طور خواسته یا ناخواسته به ذوالخیار تحمیل می‌شود. گاه این ضرر محتمل ناشی از طرف قرارداد و یا عوامل خارج از اراده طرفین یا ثالث می‌باشد. مانند خیار رؤیت و تخلف وصف؛ و گاه ممکن است زیانی متصور نباشد و بدون علت خاصی، صاحب خیار، انحلال قرارداد را به مصلحت خود ببیند. مانند خیار مجلس یا خیار شرط و یا حق فسخی که به موجب ماده ۱۰ ق.م. در قراردادهای خاصی درج می‌گردد. ولی باین وجود مبنای خیار فسخ از نگاه بعضی حقوق دانان عمدتاً دو چیز می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۸۴).

۱- حاکمیت اراده: اگر نیروی الزام آور عقد به حکومت اراده ارتباط دارد، استثنائات وارده به این اصل را نیز باید در همین اراده جستجو کرد. متعاملین بر این نظرند که بر توافق خود در شرایط و اوضاع و احوال عادی و معمول، استوار و باقی بمانند ولی بهایی را که به خاطر این الزام می‌پردازند محدود به حدود مرز مشخصی است. علل و مواردی از جمله شرط به هم زدن عقد در مدت معین، شرط فسخ در صورت تغییر محل مأموریت مستأجر،

تخلف از تبانی ضمن طرفین و عرف بر سلامت هر یک از عوضین و یا عدم تعادل نسبی بین ارزش دو عوض، همگی از خواست و اراده صریح یا ضمنی متعاملین نشأت می‌گیرد که حسب مورد موجب تحقق حق فسخ مشروط یا یکی از خيارات معین مانند خيار عیب و غبن خواهد شد. پوشیده ماندن عیب مبيع از نظر خریدار بدین دلیل موجب خيار فسخ است که مبنای خيار بر پایه اراده صریح یا ضمنی طرفین قرارداد است. این موارد ناشی از حاکمیت اراده است که در حقیقت مبنای واقعی لزوم و حدود آن را مشخص می‌کند به نحوی که طرفین می‌توانند به لحاظ چهره تفسیری و تخییری قواعد حاکم بر خيارات، با توافق و تراضی، بر قلمرو و محدوده اختیار قانونی خود در فسخ عقد افزوده و یا آن را کاهش دهند. کما این که حق سقوط آن را ضمن عقد دارا می‌باشند (نوبن، ۱۳۹۴: ۱۸۳).

۲- جبران ضرر ناروا: در این مبنا، تحقق خيار فسخ به علت برخورد لزوم عقد با عدالت و مصلحت اجتماعی توجیه شده است عدالتی که ضرر را ناروا پنداشته و آن را به عنوان یکی از مبانی سنتی و قدیمی خيار فسخ قرار داده است. اجرای قاعده لاضرر که از عناوین ثانویه می‌باشد اصولاً الزام ناشی از تکلیف احکام اولیه را از بین برده و مقدم بر آن می‌گردد. به طوری که در خيار مجلس نیز انگیزه اعطاء حق فسخ به طرفین، تأمل در شرایط عقد و پرهیز از غبن و ضرر اعلام شده است. اما دو نکته مهم را باید مدنظر داشت: نخست آن که قاعده لاضرر نمی‌تواند مبنای تمام خيارات بوده و وجود همه اقسام آن‌ها را توجیه کند زیرا برخی از آن‌ها از مبانی مختلف و مشترکی بهره می‌برند. دوم آن که حتی در مواردی که قاعده لاضرر اجرا می‌شود، تمیز ناروا بودن زیانی که مبنای خيار قرار می‌گیرد، مستلزم رجوع به مفاد تراضی و توافق است که علاوه بر اراده ممکن است مبنای دیگری را نیز در برداشته باشد. به نظر می‌رسد که این ناشی از تراضی طرفین بوده و منشأ قراردادی دارد که در واقع این نیز به تجویز قانون (م ۱۰ ق.م) و برگرفته از اصاله الاباحه می‌باشد.

بارزترین منشأ قراردادی حق فسخ، خيار شرطی است که موضوع مواد ۳۹۹ الی ۴۰۱ ق.م قرار گرفته است و در این مواد آثار و احکام و شرایط آن را بیان نموده است. بدیهی است که این «خيار فسخ» با خيارات قانونی فسخ از جهانی با یکدیگر همسان نیستند. برای مثال تاریخ حیات خيار شرط تابع اراده طرفین است ولی این تاریخ در قرارداد نباید با سکوت همراه باشد، که در این صورت هم خيار شرط و هم قرارداد باطل خواهد شد (مواد ۴۰۱ ق.م ملهم از ماده ۴۵۶ ق.م). در کلام بزرگان علت این ابطال به دو صورت ارزیابی گردیده است، که چون وجود حق فسخ عرفاً ارزش مورد معامله را برای طرفی که خيار ندارد کاهش می‌دهد و هر چه مدت خيار بیشتر باشد، ارزش مورد معامله نیز از جهت انتظار طرف مزبور و بلا تکلیف بودن معامله کمتر خواهد شد، پس معلوم نبودن مدت خيار

سبب می‌شود که ارزش مورد معامله تا حد نامعلومی کاهش می‌یابد و در نتیجه میزان آن هم مجهول بماند و مورد مشمول بند (۲ ماده ۲۳۳ ق.م) می‌گردد که طبق آن شرط مجهولی که سبب جعل به عوضین باشد باطل و موجب بطلان عقد است (امامی، ۱۳۹۶: ۴۸۹). و بعضی دیگر از اساتید منشأ بطلان عقد را از جهت فقهی، ضرری می‌دانند که صرفاً به علت مجهول بودن مدت خیار شرط در این معامله به وجود آمده است (شهیدی، ۱۳۹۶: ۲۰۴).

به هر حال طبیعی‌ترین وضعیتی که موجب تحقق خیار شرط می‌گردد اشتراط آن در متن و ضمن عقد است ولی فرض دیگری هم قابل تصور است و آن این که خیار شرط در متن و ضمن عقدی که خیار برای آن در نظر گرفته شده، درج نگردد ولی (مثلاً) متعاملین بعداً در ضمن عقد صلح مربوط به انتقال ملکی، خیار شرطی را برای معامله مغازه‌ای مقرر می‌دارند، باین وصف عقد بیع مغازه نیز واجد خیار شرط می‌گردد (حائری، ۱۳۹۳: ۳۸۹) بعضی حقوق‌دانان شرط خیار را به سه صورت در عقد ممکن می‌دانند: (امامی، ۱۳۹۶: ۴۹۰)

۱- شرط خیار در ضمن عقد که توضیح آن گذشت.

۲- شرط خیار مقدم بر عقد و آن در صورتی صحیح است که عقد مبتنی بر آن شرط باشد چنان که بین متعاملین مقرر می‌شود خانه‌ای را که مالک بعداً اجاره می‌دهد موجد در سر ماه حق فسخ داشته باشد و عقد اجاره مبتنی بر آن شرط منعقد شود در این صورت اگرچه شرط بین ایجاب و قبول قرار گرفته است، ولی چون بناء طرفین بر انعقاد عقد به این نحو می‌باشد، و قبلاً بین طرفین مذاکره به عمل آمده است، عقد حقیقتاً مشروط واقع می‌شود. هرگاه عقد بنا بر شرط سابق منعقد نشود، شرط باطل و عقد صحیح و مطلق خواهد بود. این امر در صورتی است که شرط سابق تعهد مستقلی نباشد والا طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تعهد مزبور صحیح و در عقد مؤخر تأثیر خواهد داشت. چنان که طرفین تعهد نمایند که در عقد اجاره که بعداً منعقد می‌نمایند، برای موجد در سر سه ماه حق فسخ باشد، در این صورت تعهد مزبور طبق ماده ۲۱۹ ق.م الزام آور است، مگر آن که در عقد اجاره تصریح به عدم حق فسخ بنمایند.

۳- شرط خیار، مؤخر بر عقد باشد. و آن در صورتی است که شرط مؤخر عرفاً منفصل از عقد شناخته نشود، چنان که پس از انعقاد عقد اجاره، بین طرفین منعقد شود که موجد در سر شش ماه حق فسخ اجاره را داشته باشد که در این صورت عقد اجاره مشروط خواهد بود. و الا هرگاه عرفاً شرط مؤخر، منفصل از عقد شناخته شود، شرط باطل و بلا اثر است و عقد صحیح و به طور مطلق واقع می‌گردد این امر در صورتی است که شرط مؤخر از عقد، تعهد جداگانه نباشد والا تعهد مزبور عقد مقدم را مقید می‌نماید، چنان که پس از عقد، بین

موجر و مستأجر قرارداد جداگانه‌ای منعقد گردد و حق فسخ در سر سه ماه برای موجر قرار داده شود.

### قصد و رضای طرفین در ایقاع خیار شرط

قصد طرفین و رضای آن‌ها به عنوان شرط اساسی صحت معامله در بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی شمرده شده است. بنابراین اگر یکی از دو طرف عقد فاقد قصد یا رضا باشد، عقد مزبور قانوناً دارای اعتبار نخواهد بود. بی‌شک قصد در ایقاع نیز از شرایط صحت است. منظور از قصد در قانون، قصد انشاء با اراده ایجاد عقد یا ایقاع است، قصد انشاء امر معنوی و روحی است و از آن در کلام بزرگان به اراده حقیقی یاد شده است (امامی، ۱۳۹۶: ۱۸۰).

لازم به ذکر است که قصد انشاء یا انشاء قصد به معنای (تصمیم) به ایجاد یا انعقاد عقد یا ایجاد یک وضعیت حقوقی جدید است. ایجاد وضعیت جدید از این رو حائز اهمیت است که اصولاً قصد انشاء همواره موضوعش «ایجاد» است، ولی در «فسخ» ذوالخیار ماهیتی را ایجاد نمی‌کند، بلکه همیشه با اعمال فسخ، عقدی از بین می‌رود. که این مسئله موجب شبهه بر عدم لزوم قصد در ایقاع شده است. ولی جواب آن است که، قصد انشاء با ماهیت حق فسخ تعارضی ندارد، بلکه با اعمال حق فسخ، وضعیت جدیدی تشکیل شده و آثار عقد متوقف شده و بایع را در مقابل مشتری بدهکار می‌کند.

تحلیل متونی و تفکیک مفهوم قصد و رضا از آن جهت مهم است که آیا می‌توان اراده را به دو عنصر قصد و رضا تجزیه کرد یا خیر. بعضی از اساتید قائل‌اند که اشتیاقی که در نتیجه تصدیق مفید بودن عقد در ذهن پیدا می‌شود و نفس را به سوی انشای مفاد آن کشاند «رضا» نامیده می‌شود و همان «اراده قلبی» در اصطلاح علمای حکمت و کلام است. ولی، ایجاد مفاد عقد یا «ایقاع» قصد با قصد انشاء نام دارد که در واقع همان اراده تکوینی است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۲۵).

در ماده ۱۹۱ قانون مدنی آمده است: عقد محقق می‌شود به «قصد انشاء» به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند. دوپهلوی بودن این ماده موجب ایجاد دو نظریه شده است. گروهی بر آن هستند که قبل از اعلام اراده، مفاد طلب (عقد) در ضمیر شخص به وجود می‌آید و لفظ دلالت بر آن دارد و کاشف است. و بعضی دیگر لفظ را وسیله و سبب ایجاد طلب می‌دانند.

در مبنای قول اول، قصد باطنی سازنده اصلی یک عمل حقوقی است و لفظ کاشف از آن است و در مبنای قول دوم الفاظی که به عنوان ایجاب یا قبول گفته می‌شود صرفاً جهت بیان مقصود نیست، بلکه سبب انشاء است. بی‌شک اثر این اختلاف میان‌ی در آنجا ظاهر

می‌شود که وجود کاشف شرط صحت عقد یا ایقاع محسوب است یا خیر؟ به عبارت دیگر ذوالخیار تنها قصد اعمال فسخ نماید، یک عمل حقوقی را تشکیل داده و اعلان آن تنها از جنبه اثباتی مثمر ثمر است و دخلی در صحت یا بطلان آن عمل حقوقی (فسخ) نخواهد داشت. ولی در مبنای دوم اعلان قصد فسخ از شرایط صحت است. در ماده ۴۴۹ قانون مدنی، تصریح شده: فسخ به هر لفظی یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌شود. که ملاحظه در این ماده، منتج این نتیجه است که، وجود کاشف در لفظ و فعل از شرایط صحت «حق فسخ» نیست (امامی، ۱۳۹۶: ۱۸۵). ولی در مقابل، بعضی از فقها قائل بر آن هستند قصد باطنی در صورتی می‌تواند اثر حقوقی داشته باشد که با کاشف خارجی همراه باشد و به گونه‌ای اعلام شود. و در تمام عقود و ایقاعات اراده انشاء کننده باید اعلام شود و نیت و قصد به تنهایی اثر ندارد (عاملی، ۱۳۹۴: ۱۴۹).

بنابراین، در کلام این فقها اراده ظاهری ملاک عمل است و نه اراده باطنی همراه با کاشف. ولی رویه محاکم بر آن است که اراده باطنی ملاک عمل است و لفظ کاشف از آن است چنان چه در اکثر احکام صادره من جمله حکم شماره ۷۴۶ مورخه ۳/۴/۱۳۱۶ شعبه اول دیوان عالی کشور نیز تأیید شده است که: فسخ معامله محتاج به انشاء فسخ است و خبر از فسخ مثبت وقوع آن نخواهد بود (نیک فر، ۱۳۹۶: ۱۰۲). و یا حکم شماره ۷۴۶۳ مورخه ۹/۱۰/۱۳۱۰ که تصریح داشته: تصرف موجر در عین مستاجر در زمان خیار، فسخ فعلی محسوب است (نیک فر، ۱۳۹۶: ۱۰۳). آن چه که از ماده ۴۴۹ قانون مدنی به دست می‌آید، این است که لفظ فعلی که دلالت بر فسخ کند نه به لحاظ شرط صحت فسخ در ابراز و اعلام آن است، بلکه جهت جلوگیری و رفع ماده نزاع و اختلاف است. البته اثر اعلام در موردی که حق فسخ بر عهده ثالث باشد، بیشتر و محسوس تر می‌باشد.

رضایت، حالت انفعالی است که در مرحله سوم روانی، پس از خطوط و سنجش ممکن است در شخص طرف معامله تحقق پیدا کند. البته میل حاصل از دخالت فشار خارجی (اضطرار) را نیز می‌توان نوعی رضا دانست. رضایت در کلام فقها با لفظ «طیب نفس» آمده که در تعریف آن بیان شده: و من الشرائط المتعاقدين: الاختیار و المراد به القصد الی وقوع مضمون العقد عن طیب النفس فی مقابله الکراهه که در شرح «طیب نفس» آمده: ای یکون الموجب الاراده الفعل و الداعی لما الذی هو بمنزله العله للاراده (انصاری، ۱۳۹۴: ۳۱۳).

رضایت یا طیب نفس، همان جنبه اشتیاق فرد در تشکیل یک عمل حقوقی است. رضایت ذوالخیار در اعمال حق خیار (شرط خیار) از شرایط صحت است. چرا که آن چه یقینی است، اختصاص عدم نفوذ به عقود است و آن هم در عقد فضولی و اکراه در عقود، فقدان رضایت موجب عدم نفوذ دانسته شده است و قانون‌گذار در خصوص ایقاعات از

جمله اکراه در اعمال حق خیار (خیار فسخ) ساکت است، که در موارد مشکوک تنها به موارد متیقن مراجعه می‌شود و احکام و آثار اکراه در عقد فضولی و اکراهی قابل سرایت به حق فسخ نمی‌باشد.

در طبیعت فسخ تزلزل و راه بازگشت وجود ندارد. نقش مهم قرارداد (عقد) سازندگی است و (نه گسستن)، ایجاد التزام است و پیوند. بنابراین شخص می‌تواند آن چه بنا کرده است فروریزد. چنان که از دیرباز، اقاله و فسخ قرارداد را همه پذیرفته‌اند. ولی، اثر عمده فسخ نابودی و گسستن است و به حکم طبیعت خود عملی است قاطع و بازگشت ناپذیر (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵۴). فسخ را نمی‌توان اقاله یا فسخ کرد، زیرا فسخ عامل انهدام و انحلال عقد است، بدیهی است عمل حقوقی از بین رفته را از ابتدا باید ساخت. که این سخن در ماده ۲۵۰ قانون نیز تأیید شده است: «اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد والا اثری ندارد» این ماده مشعر به آن است که، معامله فضولی با رد آن معدوم می‌شود و اجازه مجدد لازم است، چرا که اصاله الصحه در عقود جاری است و قابل قیاس در ایقاعات نمی‌باشد (شهیدی، ۱۳۹۴: ۲۰۷).

#### آثار حقوقی خیار شرط در قرارداد

ماده ۱۸۳ ق.م در مقام تعریف عقد بیان می‌کند «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد» صرف نظر از ایرادانی که حقوق دانان (امامی، ۱۳۹۶: ۱۷) بر تعریف فوق گرفته‌اند، باید دانست که یک عقد مخلوق اراده و توافق طرفین است، طرفین در نحوه انشاء و تعیین حدود و آثار عقد، آزادی تمام دارند و این آزادی تنها در زمانی محدود می‌شود که منجر به شکستن نظم عمومی و اخلاق عمومی گردد که در این صورت هرگونه انشاء اعمال حقوقی از نظر قانون بی‌اعتبار است (شهیدی، ۱۳۹۶: ۲۹). ولی طرفین با توافق شرطی انحلال عقد را برای مشروط له در نظر می‌گیرند، این عقد عقدی خیار است و نمی‌توان گفت چون خیار فسخ در قالب شرط در ضمن عقد درج می‌شود، پس عقدی است مشروط.

در عقد خیار شخص دو توانایی را دارد: یکی قدرت بر فسخ دیگری و قدرت بر از بین بردن این توانایی که در این صورت به عقدی که به دلیل غبن یا عیب یا خیار است دیگری، برای یکی از طرفین حق فسخ به وجود آید عقد خیار گفته نمی‌شود، بنابراین وجود خیار فسخ در عقد حاکی از لزوم عقد است (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۴۳).

اگرچه درج خیار در ضمن عقد به صورت اشتراط است ولی باین وجود عقد را مشروط نمی‌کند، چرا که عقد مشروط از نگاه بعضی حقوق دانان (شهیدی، ۱۳۹۴: ۸۷)

عقدی است که ماهیت آن همراه با شرط انشاء می‌شود، مانند فروش خانه‌ای به شرطی که خریدار در زمین فروشنده خانه‌ای برای او بسازد. که شرط ضمن عقد در عقد مشروط یکی از شروط سه‌گانه فعل و صفت و نتیجه است.

عقد مشروط غیر از عقد معلق است، چرا که در عقد معلق (عقد تعلیقی) تحقق مفاد عقد موکول به تحقق امری است ولی در عقد مشروط، مفاد عقد تحقق پذیرفته است. ولی در ضمن عقد (تعهد اصلی) تعهد یا تعهدات فرعی که از شرط ناشی می‌شود، وجود دارد. به نظر می‌رسد همان‌گونه که بعضی حقوقدانان به حق در تبیین مسئله عنوان نموده‌اند که: در عقد مشروط؛ مشروط له با درجه شرطی در ضمن عقد، بین عقد (به معنای اسم مفعولی) (نه نفس ایجاب و قبول) و شرط ارتباط و پیوند ایجاد می‌کند و لذا وقتی فروشنده می‌گوید: «این ملک را فروختم به شرط این که در زمین بنده خانه‌ای برایم بسازی» در واقع فروش خویش را وابسته به التزام خریدار «به ساختن خانه در ملک فروشنده» می‌سازد. پس ارتباط بین فروش و ساخت خانه از نوع وابستگی بیان عقد (منشاء) و التزام مشروط علیه است. این حقوق‌دان در استدلال بر نظریه خود افزوده است: «همان‌گونه که در شرط فعل، مشروط له می‌توانست مشروط علیه را به تعهد التزامی که به واسطه عقد بر ذمه گرفته است، اجبار نماید و در صورت عدم امکان، جبران ضرر از طریق فسخ قرارداد ممکن بود. به همین سیاق در شرط نتیجه و شرط صفت نیز این ارتباط بین عقد و شرط، مشروط له را ذی حق در اعمال فسخ می‌کند و به عبارتی حق فسخ در واقع ضمانت اجرای پیوندی است که میان عقد و التزام شرطی وجود دارد.» با این توضیح همان‌گونه که در مباحث قبلی نیز عنوان شد اساساً شرط خیار فسخ با هیچ‌یک از شروط سه‌گانه فعل و نتیجه و صفت تشابهی ندارد و این‌گونه نیست که با ماهیت عقد، انشاء گردد و یا همراه درج آن التزامی برای مشروط علیه ایجاد شود و مشروط علیه نیز نمی‌تواند مشروط له را اجبار به اعمال خیار فسخ نماید و یا در صورت عدم اعمال خیار فسخ عقد را بر هم زند. اگرچه شرط خیار فسخ، عقد را مشروط نمی‌کند ولی عقد متأثر از آن می‌گردد از جمله این تأثیرات: تزلزل در التزام مشروط له به مفاد عقد

فقها قائل بر آن هستند که مدلول التزامی هر عقدی، التزام طرفین است به آن چه انشاء می‌گردد: فان مقتضاه بمدلوله الالتزامی هو التزام کل من المتعاملین بما انشاء. باین وجود در زمانی که حق فسخ به نفع یکی از طرفین و نه ثالث، شرط شده باشد، در این صورت التزام و پای‌بندی مشروط له به مفاد عقد را کاهش می‌دهد و مشروط له هر آن می‌تواند در مدت زمان مندرج در قرارداد، تعهدات قراردادی را از بین ببرد و عقد را خاتمه دهد.

## نتیجه گیری

نظام قضایی ایران در عصر پهلوی اول، همسو با همه دستگاه‌های اداری و اجرایی ایران در راستای تشکیل دولت مطلقه مدرن، دستخوش تغییر و تحولات جدی گردید. در همین راستا با مساعی داور و همراهی مجلس و تشکیل کمیسیونی از علما که اشرافی قابل ملاحظه بر فقه و حقوق غربی داشتند، قانون مدنی ایران تدوین شد. این قانون بر چنان بنیاد مستحکمی استوار شده که به‌رغم گذشت بیش از نود سال از زمان تصویب آن، همچنان یک قانون مدرن و پیشرفته به حساب آمده و گرد کهنگی و گذشت زمان، از جلای آن نکاسته است. قانون مدنی سند محکمی بر پویایی، جامعیت و کارایی فقه امامیه به‌عنوان یک نظام حقوقی پیشرفته است و نویسنده آن به نیکوترین روش، قواعد و اصول فقه امامیه را به شکلی جدید و قالبی نوین بیان کرده و آن را به‌عنوان یک نظام حقوقی جامع و پیشرفته که برای تمام مسائل مبتلابه جامعه راه‌حل دارد، معرفی کرده است (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۵۰). اما بعد از انقلاب اگرچه ساختار قانون مدنی دست نخورده باقی ماند، ولی گفتمان حقوقی ایران دوزبانه شد؛ چرا که از یک سو بر اصل تقنین تاکید داشت که همه مواد قانونی باید از طریق سازوکارهای قانونی کشور به تصویب برسد و از سویی دیگر، بر فرادستی فقه تاکید می‌کرد که علی القاعده تنشی میان این دو ایجاد می‌کرد. تنشی که نمونه‌اش در ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی آشکارا قابل مشاهده است.

یکی از مواردی که در قانون پس از انقلاب ذکر شده است، اختیارات شرط است که اقتضای قاعده در معاملات آن است که آثار عقود بلافاصله پس از انعقاد ظاهر شده و هیچیک از طرفین به سادگی نتواند با بر هم زدن آن، به حق ناشی از عقد که برای طرف دیگر در مورد معامله ایجاد شده است، لطمه‌ای زده یا به‌نحوی متعرض آن شود. با این وجود در قانون مواردی پیش‌بینی شده است که برای جلوگیری از تضرر احد متبایعین و یا بنا به مصلحتی دیگر و به‌طور استثنایی عقد منحل شده، وضعیت قبل از آن اعاده می‌گردد که از جمله این موارد خیار شرط می‌باشد. خیار شرط که به لحاظ اهمیت و نقشی که در زندگی، قراردادهای و معاملات دارد، مورد توجه روز افزون شارع مقدس و قانونگذاران کشورهای اسلامی از جمله فقه امامیه و قانون مدنی ایران قرار گرفته است. موضوع خیار شرط در عقود اسلامی قابل اعمال و حداقل قابل بررسی است. به عبارتی دیگر؛ خیار شرط را می‌توان از نظر امکان وجود خیار شرط در ایقاعات، امکان وجود خیار شرط در عقد جایز و امکان وجود خیار شرط در عقد لازم مورد بررسی قرار داد.

## منابع و مأخذ:

- عبد (بروجردی)، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران: گنج دانش
- امامی، سیدحسن (۱۳۹۶). حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیة الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۷). درنگی در تاریخچه تدوین قانون مدنی ایران. مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، ۵(۱)، ۸۹-۱۰۸.
- امینی، علیرضا (۱۳۸۱). تحولات سیاسی و اجتماعی ایران در دوره پهلوی، تهران، صدای معاصر
- امین، حسن (۱۳۸۲). تاریخ حقوق ایران، تهران: انتشارات دائره المعارف ایرانشناسی
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۸). مکاسب، تهران: انتشارات سیمای کوثر
- ایمانیان فریبزر، شمس عبدالله، عیسی تفرشی محمد. تفسیر "حقوق مدنی" در قانون مدنی. پژوهش‌های حقوق تطبیقی. ۱۳۸۲؛ ۱(۱): ۳۱-۱
- پوجی، جانفرانکو (۱۳۹۸)، تکوین دولت مدرن: درآمدی جامعه‌شناختی، ترجمه بهزادباشی، تهران، آگه
- داترو، الکساندر پسون (۱۴۰۰)، قانون طبیعی: مقدمه‌ای بر فلسفه قانون، ترجمه هنری ملکمی، تهران، نشر پله
- دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۱)، حقوق شناسی عمومی با رویکرد به حقوق اسلام و ایران، ج ۱، قم، انتشارات پژوهشکده حوزه و دانشگاه سمت
- حائری شاه باغ، سیدعلی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش
- خواجهنوری، ابراهیم (۱۴۰۰) بازیگران عصر طلایی، تهران، انتشارات جاویدان
- راسخ، محمد (۱۳۸۸)، مقدمه مترجم، ص ۹-۲۷ در وائل بن حلاق، تاریخ تنوریهای حقوقی اسلامی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی
- رجبی فرد، حسن (۱۴۰۰)، اول اصلاح اقتصادی: مجموعه مقالات علی اکبر داور، تهران، انتشارات شیرازه
- زندیه، حسن؛ ده پهلوانی، طلعت (۱۳۹۲)، نقش علمای شیعی در تدوین قانون مدنی ایران، نشریه جستارهای سیاسی معاصر، شماره ۲
- زندیه، حسن؛ ده پهلوانی، طلعت (۱۳۹۱)، جایگاه روحانیون منتقد در مدرنیزاسیون قضایی و تدوین قانون مدنی در عصر پهلوی اول، نشریه پژوهش‌های تاریخی، شماره ۴
- شایگان، علی (۱۳۲۴). حقوق مدنی ایران، تهران: انتشارات مجلس
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۸). سقوط تعهدات، تهران: انتشارات مجد
- صفایی، سیدحسین؛ کاظمی، محمود (۱۳۸۹)، وضعیت علم حقوق در ایران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، با جهت گیری آینده، مجله حقوقی تطبیقی، شماره ۲
- طباطبایی، سیدجواد (۱۳۸۶)، نظریه حکومت قانون در ایران، تبریز، نشر ستوده
- عاقلی، باقر (۱۳۹۸)، داور و عدلیه، تهران، انتشارات نامک
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظامهای حقوق مدنی، تهران، انتشارات مدرس
- کاظمی، محمود (۱۳۹۸). قانون مدنی یا فقه فارسی: جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران. پژوهش حقوق خصوصی، ۲۴۹-۲۷۶، ۲۹(۸)
- کریمی، مهدی؛ توکلی، علی اکبر (۱۳۹۶). احکام خیار شرط، تهران، انتشارات قانونیار
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۳)، قواعد فقه (جلد چهارم)، تهران، انتشارات سمت
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۵). ارث خیار، نشریه تحولات حقوق خصوصی، شماره ۳
- مکی، حسین (۱۳۷۴). تاریخ بیست ساله ایران، تهران: انتشارات علمی
- نوبین، پرویز (۱۳۹۴). انعقاد و انحلال قراردادها، تهران: انتشارات تدریس
- نیک فر، مهدی (۱۳۹۴)، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، تهران: انتشارات کیهان