

از «استرداد» تا «فسخ»: مطالعه تطبیقی سیر تاریخی شناسائی

حق فسخ و مبنای آن در نظام حقوقی ایران و آمریکا

محمدحسن صادقی مقدم*

جواد شیخ**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۶/۲۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۲۰

چکیده

استرداد عوضین به عنوان مهمترین اثر فسخ، در نظام حقوقی ایران و آمریکا به طور یکسان قبل از حق فسخ شناسایی شده است؛ در نظام حقوقی ایران، ابتدا فقهاء به حق فسخ به عنوان مبنای استرداد عوضین پی بردند و کوشیدند آن را معرفی و احکام متعدّدش را تحلیل نمایند و در نظام حقوقی آمریکا به دلیل مشکلات و تشتت آراء در رویه قضائی، نظریه پردازان آن نظام حقوقی طی یک دهه گذشته حق فسخ را به عنوان مبنای استرداد عوضین شناسائی نموده‌اند. هم چنین، فقهاء و حقوق دانان به طور عمده سعی کرده‌اند حق فسخ را با دو مبنای حکومت اراده و یا قاعده لاضرر به رسمیت بشناسند در حالی که در نظام حقوقی آمریکا این حق بیش از هر امر دیگر مبتنی بر نظریه پیش گیری از دارا شدن ناعادلانه است. در این نوشتار، بدواً روند شناسائی حق فسخ در هر یک از دو نظام حقوقی بررسی شده و سپس مبنای حق فسخ در نظام حقوقی ایران و آمریکا به صورت تطبیقی مطالعه شده است. فرایند طی شده در دو نظام حقوقی - اگرچه این امر در نظام حقوقی آمریکا با فاصله تاریخی زیاد رخ داده- این امر را اثبات می‌کند که حقوقدانان کاملاً لا به دلیل فقدان نظریه منسجم در زمینه خیارات و در نتیجه تشتت آراء محاکم به هنگام عهد شکنی یکی از طرفین عقد، در حال نزدیک شدن به نظریه عمومی خیارات در نظام‌های حقوقی نوشته هستند.

کلیدواژه‌ها: استرداد، حق فسخ، قاعده لاضرر، دارا شدن ناعادلانه.

* استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول).

** دانشجوی دکتری تخصصی رشته حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران.

مقدمه:

اهمیت حقوق قراردادها بر صاحبان اندیشه پوشیده نیست. آزادی گرایان، اصل حاکمیت اراده را، مبنای قراردادها و الزام آور بودن آن دانسته‌اند؛ (Barnet, 1986, 319) اخلاق گرایان عهدشکنی را مذموم شمرده و تجاوز به قلمرو اخلاقیات خوانده‌اند^۱ و تجربه گرایان و اثبات گرایان، از لزوم حمایت از پیمان با هدف تسهیل نظم عمومی و اقتصادی جامعه سخن گفته‌اند. تحلیل گران حقوق و اقتصاد^۲ نیز که از اندیشه‌های تجربه گرایان و فایده گرایان تغذیه می‌کنند بر لزوم حمایت از قرارداد به عنوان مجرای انتقال بهینه منابع اقتصادی و تخصیص کارآمد آن تأکید می‌کنند. (Posner, 2003, 93) اهمیت فسخ قرارداد به عنوان یکی از عوامل از بین برنده حیات آن، پرده بر می‌دارد. این که حق فسخ چگونه به عنوان یک نظریه عمومی در حقوق قراردادها به رسمیت شناخته شده امری است که تاکنون مغفول مانده است چرا که همواره وجود آن بدیهی فرض شده است. مطالعه تاریخ فقه نشان می‌دهد که آن چه ابتدا مورد توجه قرار گرفته استرداد عوضین بوده است و حق فسخ بعدها توسط فقهاء به عنوان یک نظریه مطرح گردیده است. در نظام حقوقی آمریکا نیز شرایط مشابهی رقم خورده است: از سال ۱۹۳۷ میلادی «استرداد» به عنوان روش جبران خسارت در حقوق قراردادها به رسمیت شناخته شد و حق فسخ حذف گردید ولی از سال ۲۰۱۱ میلادی به دلیل پاره‌ای مشکلات، حق فسخ در این نظام حقوقی به عنوان نظریه عمومی در حقوق قراردادها مطرح شده است. هم چنین، اینکه مبنای فسخ چیست خود محل بحث‌های فراوان بوده است. در نظام حقوقی ایران، بعض فقهاء از قاعده لاضرر و ضرورت رفع لزوم عقد به هنگام برخاستن زیان از آن به عنوان مبنای سخن گفته‌اند و برخی دیگر، تخلف از شرط صریح یا ضمنی

مندرج در عقد را به عنوان مبنای برگزیده‌اند. روشن است که انتخاب هر یک از این دو مبنای آثار متفاوتی خواهد داشت؛ از جمله آن که، در صورت پذیرش قاعده لاضرر به عنوان مبنای باید پذیرفت که اگر طرف مقابل، زیان فرد را جبران نماید حق فسخ ساقط می‌شود ولی در فرضی که تخلف از شرط صورت پذیرفته جبران زیان نمی‌تواند باعث سقوط حق شود. از سوی دیگر، در نظام حقوقی آمریکا، در دهه ۳۰ قرن بیستم حقوقدانان که نظریه «استرداد» را به مثابه نظریه فسخ می‌دانستند، مبنای آن را جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه عنوان داشتند و اینگونه تحلیل نمودند که مهمترین اثر فسخ عقد، استرداد کالای فروخته شده و یا ما به ازای آن است و مبنای این اثر نیز آن است که پس از فسخ، دلیلی برای مالکیت طرف مقابل بر مال وجود ندارد چرا که مالکیت وی معادل دارا شدن ناعادلانه‌اوست تا آن که در پی تحولاتی - که شرح آن خواهد آمد- اگرچه نظریه فسخ جای خود را در حقوق قراردادها باز نموده ولی حقوقدانان هنوز فرصت نیافته‌اند مبنایی روشن برای این نظریه تمهید نمایند و شناسایی آن نیز بیش از هر امر دیگر نتیجه تکلفات ناشی از فقدان آن بوده است. در نظام حقوقی ایران تاکنون به فرایند شناسایی حق فسخ پرداخته نشده و از سوئی به جهت نو بودن شناسایی حق فسخ به عنوان نظریه عمومی در نظام حقوقی آمریکا، مطالعه تطبیقی نیز در این باره به چشم نمی‌خورد. به این منظور، در این نوشتار، در بخش نخست، ابتدا فرایند تاریخی طرح نظریه فسخ در نظام حقوق ایران مطالعه شده و سپس نظریات مختلف در رابطه با مبنای نظریه فسخ ارائه شده است اما در بخش دوم که به مطالعه موضوع در نظام حقوقی آمریکا اختصاص یافته، بدو فرایند تاریخی که منجر به ابداع نهاد استرداد گردید مطرح و سپس مبنای آن بررسی شده است و در پایان این بخش تحولاتی که در رویه قضایی آمریکا رخ داده تا نهاد فسخ از نهاد استرداد تفکیک گردد مطالعه شده است و نهایتاً در قسمت نتیجه گیری با روشی تحلیلی مباحث جمع بندی شده است.

بخش نخست: حق فسخ در نظام حقوقی ایران مبحث نخست: سیر تاریخی ایجاد نهاد فسخ

۱. برای مطالعه مبانی اخلاقی حقوق قراردادها در حقوق فرانسه ر. ک. به: RIPERT, GEORGES, LA RÈGLE MORALE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES, 4 Ed. PARIS, 1949

۲. جنبش حقوق و اقتصاد (LAW AND ECONOMIC MOVEMENT) به‌طور عمده با انتشار مقاله مهم رنالد کاوز (RONALD H. COASE) برنده جایزه نوبل و استاد ممتاز دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو با عنوان «مسئله هزینه اجتماعی» (THE PROBLEM OF SOCIAL COST) در سال ۱۹۶۰ میلادی در مجله حقوق و اقتصاد دانشگاه شیکاگو بنیان نهاده شد. نفوذ این جنبش تا آنجا بوده است که از ابتدای دهه ۸۰ قرن بیستم دیوان عالی کشور آمریکا نیز نسبت به اندیشه‌های اقتصادی در تصمیمات قضایی حساسیت فزاینده‌ای پیدا کرده است. برای ملاحظه واکنش دادگاههای آمریکا به اندیشه‌های اقتصادی و تأثیر رویکرد اقتصادی بر آراء دادگاه‌های ایالات متحده ر. ک. به:

Easterbrook, H. Frank» The Supreme Court 1983 Term, foreword: the court and the economic system», *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1984

۳. همچون ریچارد پازنر (RICHARD A. POSNER) قاضی سابق و استاد دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو آمریکا که با تدوین و انتشار کتاب مهم تحلیل اقتصادی حقوق (ECONOMIC ANALYSIS OF LAW) نقش قابل توجهی در استحکام و تثبیت جنبش تحلیل اقتصادی حقوق طی سال‌های اخیر داشته است.

۴. اصطلاح «به هم زدن معامله» در قانون مدنی ایران مرادف با فسخ دانسته شده است. ماده ۴۵۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشند فسخ فعلی است.

۳. همچون ریچارد پازنر (RICHARD A. POSNER) قاضی سابق و استاد دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو آمریکا که با تدوین و انتشار کتاب مهم تحلیل اقتصادی حقوق (ECONOMIC ANALYSIS OF LAW) نقش قابل توجهی در استحکام و تثبیت جنبش تحلیل اقتصادی حقوق طی سال‌های اخیر داشته است.

۴. اصطلاح «به هم زدن معامله» در قانون مدنی ایران مرادف با فسخ دانسته شده است. ماده ۴۵۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشند فسخ فعلی است.

عبارت است از حل عقد و انتقال هر یک از عوضین به مالک سابق. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵، ۱۵۳) اما در بررسی سیر تاریخی خیار فسخ به عنوان یک تأسیس حقوقی نظام مند، در نخستین کتب فقهی موجود، اصطلاح فسخ عقد اساساً به چشم نمی‌خورد به طوری که در فقه الرضا، در مقام بیان خیار عیب از اختیار «استرداد» مبیع سخن به میان آمده و اشاره‌ای به فسخ عقد نشده است بدین عبارت که «فإن خرج فی السلعة عیب و علم المشتري فالخيار إليه إن شاء رد و إن شاء أخذ و رد علیه بالقيمة أرش العيب و إن كان العيب فی بعض ما اشترى و أراد أن يرده علی البائع رد تامه أو رد علیه بالقيمة أرش العيب و القيمة» (فقه الرضا، ۱۴۰۶، ۲۵۳). هم چنین، شیخ صدوق نیز در المقنع از خیار فسخ نام نمی‌برد و می‌نویسد: «و اعلم أن البیعین بالخيار ما لم یفترا، فإذا افترقا فلا خيار لهما، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام للمشتري» (قمی الصدوق، ۱۴۱۵، ۳۶۵) لذا ایشان نیز از لفظ خیار به تنهایی استفاده نموده و واژه فسخ را بکار نبرده است. با غور در روایات وارده نیز در باب خیارات، اصطلاح فسخ عقد ملاحظه نمی‌شود بلکه لفظی که مرتباً تکرار گردیده کلمه «رد» به معنی «استرداد» عوضین در صورت وجود اسبابی همچون عیب است. از جمله این روایات می‌توان به این دو روایت اشاره کرد که در مقام وجود عیب در مبیع از اختیار رد سخن گفته شده است: «عن علی بن إبراهیم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما (ع) فی الرجل یشتري الثوب أو المتاع فیجد فیهِ عیباً - فقال إن كان الشیء قائماً بعینه رده علی صاحبه و أخذ الثمن - و إن كان الثوب قد قُطِعَ أو خِيطَ أو صُيغ - یرجع به نقصان العیب» و یا در روایتی دیگر «عن عمر بن حنظله عن أبي عبد الله (ع) فی رجل باع أرضاً علی أنها عشرة أجرة - فاش تری المشتري منه بجدوده و نقد الثمن - و وقع صفقة البيع و افترقا - فلما مسح الأرض إذا هی خمس أجرة - قال إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض - و إن شاء رده البیع و أخذ ماله كله - إلا أن یکون له إلی جنب تلك الأرض أيضاً أرضون - فلیؤخذ و یکون البیع لازماً له - و علیه الوفاء به تمام البیع - فإن لم یکن له فی ذلك المكان غیر الذي باع - فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله - و إن شاء رده الأرض و أخذ المال كله» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸ به بعد) لذا به نظر می‌رسد اصطلاح «خیار فسخ» مبنای روائی نیز ندارد و در روایات به اثر فسخ یعنی استرداد عوضین پرداخته شده و عبارات کاملاً کاربردی است و جنبه نظری ندارد. به همین جهت روشن است که فقهاء با تحلیل‌های موشکافانه عقلی و منطقی این اصطلاح را ابداع و ابتدا در متون فقهی مطرح و سپس در نظام حقوقی ایران وارد شده است. در این زمینه به نظر می‌رسد ابن جنید اسکافی به عنوان نخستین فقیه به اصطلاح فسخ عقد اشاره نموده‌اند (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۷۱) اما با وجود این، این اشاره با هدف تأسیس جدید «خیار فسخ عقد» مورد استفاده قرار نگرفته است بلکه فسخ عقد به مثابه یک نهاد حقوقی و نظریه عمومی با احکام منسجم، با گذر

زمان توسط اندیشه‌های فقهاء به تدریج به رشد و تکامل دست یافته است. شیخ مفید از جمله فقهای متقدم است که سعی نموده با دقت بیشتری به احکام خیارات پردازد (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۵۸۵) و پس از وی سایر فقهاء این اندیشه را به عنوان نظریه عمومی در کتاب متاجر مطرح و پرورش داده‌اند؛ در بین فقهای متقدم، شیخ طوسی در خلاف برای اولین بار به طور نسبتاً مفصل به احکام خیارات در عقود مختلف پرداخته است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۸ به بعد) و پس از ایشان صاحب شرایع الاحکام خیارات را مدون نموده و در پنج قسم مختلف مطرح کرده است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱۵ به بعد) و به همین ترتیب فقهای متأخر نیز یک به یک بر تعداد آن افزوده‌اند. بدین ترتیب، فقهاء از معلول به علت رسیده‌اند و این اندیشه که رد عوضین معلول از بین رفتن و گسیختن عقد (فسخ) است باعث گردیده که چارچوب امکان فسخ عقد را در صورت وجود اسبابی شناسایی نمایند که روشن‌ترین اثر آن تفکیک آثار فسخ عقد از بطلان آن است چرا که در فاصله میان انعقاد عقد و فسخ آن عقد حیات دارد و دارای آثاری است که متفاوت از بطلان آن می‌باشد.

مبحث دوم: مبنای حق فسخ

فقهاء، در باب مبنای ایجاد حق فسخ عقد برای یکی از طرفین مبنای مختلفی برگزیده‌اند. غالب فقهاء از قاعده لاضرر و لزوم جلوگیری از زیان به عنوان مبنای فسخ نام برده‌اند برخی از متأخرین نیز از حکومت اراده و تخلف از شرط صریح یا ضمنی به عنوان مبنای فسخ یاد نموده‌اند. در میان حقوقدانان نیز در این زمینه بحث‌های مفصلی به چشم نمی‌خورد و نویسندگان بیشتر با فقهاء همگام بوده‌اند و از قاعده لاضرر به عنوان مبنای حق فسخ یاد نموده‌اند. در این مبحث نظرات متفاوت طرح و بررسی شده است.

بند نخست: قاعده لاضرر

عمده فقهاء معتقدند در مواردی که عقد باعث ورود زیان غیرعادلانه به یکی از طرفین می‌شود و از آن جا که این زیان در غالب موارد منتسب به رفتار و یا کردار و یا حتی گفتار طرف مقابل است حکم لزوم با استمداد از قاعده لاضرر نسبت به یکی از طرفین که از آن زیان دیده رفع شده و وی حق فسخ عقد را می‌باید. لذا این دسته مبنای فسخ را قاعده لاضرر می‌دانند. علامه حلی در تذکره در مقام بررسی هر یک از خیارات به این امر می‌پردازد؛ وی از جمله مبنای خیار غبن را قاعده لاضرر می‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۸) هم چنین با تفکیک خیار تدلیس از خیار عیب، از آن جهت خیار تدلیس را ثابت می‌داند که باعث ایجاد گمانی در ذهن طرف عقد گردیده و وی از این گمان زیان برده است. (همان: ۸۰) وی تا آن جا پیش می‌رود که خیار مجلس و حیوان را نیز مبتنی بر قاعده لاضرر می‌داند و

۵. به همین سبب، عجیب نیست که برخی نویسندگان پس از بررسی فراوان به این نتیجه رسیده‌اند که چارچوب حقوقی نظریه عمومی خیارات برای فسخ عقد، در نظام حقوقی ایران منحصر به فرد است و در هیچ نظام حقوقی مانند ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۴)

در توجیه خیار مجلس می نویسد عقد بیع عقد مغایبه ای است و طرفین باید فرصت تأمل پیرامون شرایط آن را داشته باشند تا از زیان خود بتوانند پیش گیری کنند. (همان: ۸) و در خیار حیوان نیز معتقد است حیوانات عموماً عیوب مخفی دارند که به هنگام معامله ممکن است ظهور نیابد و خریدار از وجودش آگاه نشود لذا باید چنین حقی برای وی وجود داشته باشد تا زیان نبیند.. (همان: ۳۵) شیخ طوسی در خلاف نیز همین عقاید را دارد و به عنوان مثال خیار غبن را مبتنی بر قاعده لاضرر می داند. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۲) هم چنین، شهید ثانی در شرح لمعه در مقام بحث نسبت به خیار ما یفسد لیومه اظهار می دارد این عقیده که پنداشته شود این خیار پس از پایان روز و فرا رسیدن شب ایجاد می شود قابل پذیرش نیست زیرا خیار برای رفع ضرر ایجاد شده و چه بسا زیان قبل از فرا رسیدن شب و در طول روز حادث شود لذا فرا رسیدن شب موضوعیتی ندارد. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴۵۹) در قرن های بعدی نیز این استدلال مقبول افتاده و صاحب جواهر نیز خیار غبن را بر همین مبنا توجیه می کند و از جمله خیار عیب و غبن را بر قاعده لاضرر مبتنی می نماید و ایجاد حق فسخ را به عنوان راهی جهت جمع بین حق طرفین عقد (طرفی که زیان برده و طرف مقابل) معرفی می کند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲)^۶ نهایتاً شیخ انصاری نیز همین طریق را ادامه می دهد و با پیشینیان هم عقیده می شود که خیار غبن عمده با هدف رفع زیان وضع گردیده است. وی در مکاسب در مقام بررسی خیار غبن از جمله خیار عیب، غبن، تدلیس، رؤیت و حتی خیار تأخیر ثمن، حق فسخ را راهی برای رفع زیان از ذوالخیار می داند. به عنوان نمونه، وی در مقام بررسی خیار رؤیت می نویسد «این خیار قبل از آن که مبتنی بر اجماع باشد مبتنی بر حدیث رفع ضرر است» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۱) و یا در بررسی خیار رؤیت اظهار می دارد: «عدم فسخ عقد و انتظار بی پایان فروشنده برای دریافت ثمن زینانی بیش از زینانی که باعث ایجاد خیار غبن می شود برای وی در پی دارد چرا که به دلیل فروش مال، از سوئی امکان تصرف در آن را ندارد و از سوی دیگر، در صورت تلف، ضمان بر ذمه وی قرار دارد و زیان نیز به موجب خبر لا ضرر نفسی شده است». (همان: ۴۰۶)^۷ بدین ترتیب، قاعده لاضرر به عنوان مبنای ایجاد خیار غبن به نظر می رسد قوی ترین استدلالی است که غالب فقهاء بدان استناد کرده اند و به کمک آن، قواعد خیار غبن را تحلیل نموده اند.

۶. از جمله صاحب جواهر در خیار غبن می نویسد: «و حدیث الضرر ... نعم قد یستفاد منه المطلوب إذا أريد منه عدم مشروعية ما فيه ضرر، مضافاً الى أسئلة صحة البيع و حلیته، و جبر کثیر من محال الضرر بالخیار و فتوی الأوصحاب و أن الخیار وجه جمع بین الحقیقین و رافع للضرر من الجانین» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲) و در رابطه با خیار عیب نیز (همان، ۲۳: ۲۳۶)

۷. «... من أن الصبر أبداً مظنة الضرر المنفي بالخبر بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن حيث إن المبيع هنا في ضمانه و تلفه منه و ملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۰۶) و برای ملاحظه استدلالات در خیار غبن و عیب نیز به ترتیب ر. ک. به: (همان: ۳۷۲ و ۴۳۷)

نویسندگان حقوق مدنی نیز اگرچه بحث های فراوانی درباره مبنای خیار غبن نموده اند ولی نهایتاً در غالب موارد نظر به قاعده لاضرر داشته اند. مرحوم دکتر امامی در این باره اظهار می دارند: «قانون برای جلوگیری از ضرر مشتری در مورد عیب مبیع، او را به یکی از دو امر راهنمایی نموده است که هر کدام را بخواهد بدون جلب رضایت طرف خود اختیار کند، یکی فسخ و انحلال عقد می باشد چنانکه در باقی خیار غبن است، و دیگری قبول معامله با اخذ آرش یعنی تفاوت قیمت صحیح و معیوب. این تنها موردی است در خیار غبن، که قانون مدنی ایران اجازه قبول معامله را با اخذ آرش به متضرر داده است و در خیار غبن دیگر فقط متضرر می تواند معامله را فسخ بنماید و یا آن را به همان نحو بپذیرد» (امامی، ۱۳۸۴: ۵۰۱) عبارت پایانی آشکار می کند که ایشان نه تنها خیار عیب بلکه سایر خیار غبن را نیز طریقی برای رفع زیان می دانسته اند. هم چنین، مرحوم دکتر کاتوزیان در این باره بحث های فراوانی می کند و اگرچه در بحث های ابتدائی در باب یافتن مبنای واحد برای خیار غبن به دلیل اختلاف نظرهایی که در زمینه مبنای قراردادی و یا نفی ضرر در باب خیار غبن و عیب وجود دارد از پیشنهاد مبنای واحد و مشترک برای خیار غبن صرف نظر نموده و اظهار می دارند برخی خیار غبن به نظر می رسد ریشه قراردادی دارد و مبتنی بر تراضی و برخی دیگر مبتنی بر قاعده لاضرر است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۵)؛ ولی در بحث تفصیلی پیرامون خیار عیب و خیار غبن عقیده شخصی خود را پنهان نمی کنند و این دو خیار را نیز منتسب به قاعده لاضرر می دانند؛ آن جا که در مقام جمع بندی در رابطه با مبنای خیار غبن می نویسند: «در مقام داوری میان شرط ضمنی و قاعده لاضرر و انتخاب یکی از آن دو به عنوان مبنای غبن، قاعده لاضرر ترجیح دارد و با احکام قانون مدنی سازگارتر است: تحلیل نظریه شرط ضمنی بدان جا می رسد که غبن مصداقی از خیار تخلف از شرط است و اصالت ندارد، در حالی که قانون مدنی با جدا کردن خیار غبن از تخلف شرط، استقلال آن دو را تأیید می کند و به غبن استقلال می بخشد. وانگهی، احتمال نفوذ نظریه مرسوم لاضرر در ذهن قانونگذار به مراتب زیادتر از نظریه جدید و قابل انتقاد شرط ضمنی است» (همان: ۲۰۹) و یا در مقام جمع بندی مبنای خیار عیب نگاشته اند: «باید پذیرفت در اختلاط دو هدف اجرای قرارداد و جلوگیری از ضرر غلبه با انگیزه دوم است و هر جا که تزاممی بین آن دو رخ دهد قانونگذار در حاکم ساختن قاعده نفی ضرر تردید نمی کند. قوانین موجود نیز با این مبنای اجتماعی سازگارتر است، زیرا در همه آن ها، خواه در مورد فسخ قرارداد باشد یا مطالبه آرش، هدف پرهیز از ضرر آشکار است». (همان: ۲۷۳) بدین ترتیب، به نظر می رسد ایشان نیز هم چون بسیاری از فقهاء قاعده لاضرر را منطقی ترین و محکم ترین مبنای خیار غبن می دانند.

بند دوم: حکومت اراده

صرف نظر از خیار شرط و تخلف شرط که صراحتاً به اراده طرفین منتسب شده است و فقهاء نیز با استناد به قاعده

و نه عیب اراده تا مستلزم بطلان باشد.^{۱۰} بنابراین نظریه شرط ضمنی و حکومت اراده در رابطه با پاره‌ای اختیارات از جمله غبن از این فرض آغاز می‌شود که در معاملات معوض هر یک از طرفین مالی را به دیگری می‌دهد تا عوض متعادل بگیرد^{۱۱} و بر همین مبنا با طرف خود تراضی می‌کند. بنای برابری دو عوض چندان نوعی و عام است که نمی‌توان اعتقاد به آن را در شمار انگیزه‌های شخصی (دوای) آورد. دو طرف از عرف آگاهند و بر همین مبنا وارد گفتگو می‌شوند هر چند سخنی بر زبان نیاورند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۰۳) بدین ترتیب، مبنای قراردادی حق فسخ دومین مبنایی است که غالباً توسط حاشیه نویسان مکاسب مطرح و تقویت شده است.

دو نظریه فوق، علی‌رغم افتراق ظاهری به یکدیگر بسیار نزدیک هستند: در هر دو نظریه، هدف از حق فسخ رفع ضرر دانسته شده و در نظریه نخست این امر منتسب به قاعده است و در نظریه دوم منتسب به اراده طرفین؛ این قرابت وقتی آشکارتر می‌شود که بپذیریم طرفین عقد مغاینه‌ای رشید بوده و عقل معاش دارند؛ در این صورت، حتی با پذیرش نظریه حکومت اراده، با پرداختن خسارت واقعی ذوالخیار توسط طرف مقابل، وی از حق خود استفاده نخواهد نمود؛ چرا که عنصر رشد به وی اجازه نخواهد داد تا برخلاف مصالح خود عمل نماید و به این ترتیب، فایده عملی تفاوت میان دو نظریه کمرنگ خواهد شد.

بخش دوم: حق فسخ در نظام حقوقی آمریکا

تا ابتدای قرن بیستم نظریه فسخ در نظام حقوقی آمریکا به عنوان یک نظریه عمومی شناخته نشده بود و برخی آثار آن از جمله استرداد عوضین به هنگام عهدشکنی پذیرفته شده بود. به این سبب، «نظریه استرداد» برای سال‌های متمادی جایگزین حق فسخ گردیده بود. در این بخش ابتدا نظریه استرداد و فرایند تاریخی ایجاد آن مطالعه شده و ضمن بررسی مبنای آن، در مبحث دوم تحولاتی که باعث گردید طی سال‌های اخیر نظریه فسخ به عنوان نظریه عمومی در حقوق قراردادهای به نظام حقوقی آمریکا راه یابد تبیین شده است.

مبحث نخست: نهاد استرداد و مبنای آن

۱۰. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی می‌نویسد: «فإنه أيضا إنما يناسب البطلان بدون الرضا و إلا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة إلى إجراء فحوى حكم الفضولي و المكره كما لا يخفى و الأولى في توجيه الاستدلال أن يقال إن المغبون إنما أقدم على المعاملة بانبا على كون المبيع مساويا لماله به حسب القيمة و المالية فكأنه اشترط المساواة و إذا كان أقل يكون من باب تخلف الشرط فاعتبار المساواة ليس على وجه التقييد ليتوجه عليه المنع أولا و استلزامه البطلان ثانيا و لا على وجه الداعي ليرد عليه أن تخلفه لا يوجب شيئا بل هو من باب الشرط الضمني نظير وصف الصحة فيكون معتبرا على وجه تعدد المطلوب و لازم تخلفه الخيار كما في سائر الشروط الصريحة أو الضمنية». (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۵) هم چنین برای ملاحظه استدلالات مشابه ر. ک به: نائینی، ۱۳۷۳: ۵۷ الی ۶۰ و آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲ و ۱۸۳

۱۱. و یا در اختیار عیب مبنای تراضی طرفین پرداخت ثمن در برابر کالایی که وصف صحت و سلامت را داراست.

«المؤمنون عند شروطهم» و آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» مبنای آن را ارادی و نه قاعده لاضرر دانسته‌اند،^۸ همان گونه که پیشتر اشاره شد در باب مبنای برخی دیگر از اختیارات و به طور خاص خیار عیب و غبن نیز اختلاف نظر وجود دارد. آغازگر بحث‌ها نظر علامه حلی است که در تذکره در مقام بیان مبنای خیار غبن علاوه بر آن که به قاعده لاضرر استناد می‌کنند به فقدان رضایت مغبون به قیمت نیز می‌پردازند و با استناد به آیه شریفه ۲۹ سوره نساء با این عبارت معروف: «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم» اظهار می‌دارند اگر مغبون نسبت به قیمت واقعی آگاه می‌بود به معامله رضایت نمی‌داد.^۹ این نظر بعدها توسط شیخ انصاری مورد واکاوی قرار می‌گیرد و شیخ اظهار می‌دارد نباید پنداشت که خیار فسخ، نتیجه عدم رضایت و عیب اراده مغبون است چرا که حتی اگر مغبون در نظرش این بوده که مال را به قیمت عادلانه و نه بالاتر از قیمت خریداری کند نتیجه‌اش پذیرش عدم نفوذ بیع همچون معامله مکره و فضولی بوده و باید به وی حق داد معامله را رد و باطل کند و نه ایجاد حق فسخ، ضمن آن که باید پذیرفت وصف برابری ارزش مالی و عرفی مبیع با ثمن، در بهترین حالت، انگیزه شخصی مغبون محسوب می‌شده (داعی) و از آن جا که داعی موضوع تراضی نبوده آسیبی به عقد نمی‌زند. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۷۱) لذا، شیخ ضمن نقد این نظر نهایتاً مبنای خیار غبن را بر قاعده لاضرر استوار می‌کند ولی در گذر زمان، حاشیه نویسان برجسته مکاسب از این عقیده علامه به راحتی عبور نمی‌کنند و آن را پرورش داده و قالبی نو برای آن فراهم می‌کنند که از ایراد مطروحه توسط شیخ مصون بماند. میرزای نائینی و سید محمد کاظم طباطبائی یزدی بر شیخ خرده می‌گیرند که مقصود علامه از استناد به رضایت، عیب اراده مغبون نبوده بلکه مقصود تخلف از شرط ضمنی مبنی بر تناسب ثمن با قیمت عرفی مبیع بوده است؛ لذا، خیار غبن همانند خیار تخلف شرط، نتیجه حکومت اراده است

۸. فقهاء به اتفاق مبنای خیار شرط و هم چنین تخلف شرط را اراده طرفین دانسته‌اند. در این باره به طور نمونه ملاحظه کنید: نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲ و شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۱. شیخ طوسی در خلاف مبنای خیار شرط را قاعده «المؤمنون عند شروطهم» می‌داند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۳) میرزای نائینی نیز با آن که از جمله کسانی است که در منیه الطالب ابتناء خیار شرط را بر تراضی طرفین می‌داند لزوم تبعیت از آن را ذیل حکم اوفوا بالعقود تفسیر می‌نماید. متن عبارت نائینی به این تدبیر است: «فإذا كان الالتزام من منشآت المتعاقدين فلو اشترطوا أن لا يكون هذا في مدة معينة لأحدهما فلا يملك المشروط عليه التزام المشروط له و إذا ارتفع موضوع الحكم فلا حكم حتى يكون شرط خلافه مخالفا للكتاب و لو لم يكن الأدلة العامة الواردة في الشروط كفى أوفوا بالعقود لصحة هذا الشرط لأن وجوب الوفاء بما التزم به كل عاقد على نفسه إنما هو عين وجوب الوفاء بأن لا يكون العقد لزوميا في مدة كما أن شرط سقوط الخيار» (نائینی، ۱۳۷۳: ۴۰)

۹. و لقوله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض. (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۸)

بند نخست: حذف واژه فسخ و ظهور نهاد استرداد: تاریخچه

در سال ۱۹۲۳ میلادی، «بنیاد حقوق آمریکا»^{۱۲} تحت رهبری گروهی برجسته از قضات، حقوق دانان و اساتید مبرز دانشکده‌های حقوق این کشور تأسیس گردید.^{۱۳} هدف از تأسیس بنیاد، ایجاد قواعد حقوقی منظم با هدف وحدت رویه در نظام عرفی کامن لا بود. در حقیقت، تشکیل این بنیاد، پاسخی بود به آشفتگی حاکم بر رویه قضائی آمریکا تا در حوزه‌های مختلف حقوقی بتواند رویه قضائی را به طور غیررسمی منظم نماید.^{۱۴} نخستین سری از «مجموعه‌های قواعد حقوقی آمریکا»^{۱۵} توسط بنیاد موصوف پس از مطالعات فراوان در رویه قضائی و منابع علمی، در دهه‌های سی و چهل قرن نوزدهم منتشر شد.^{۱۶} در میان نخستین سری از قواعد حقوقی منتشره، «مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر نهاد استرداد»^{۱۷} در سال ۱۹۳۷ منتشر گردید که حکایت از تأسیسی نوین در نظام حقوقی آمریکا داشت؛ تأسیسی که کوشیده بود قواعدی را که در مرز میان حقوق قراردادهای و مسئولیت خارج از قرارداد داشت در قالب جدید تحت عنوان «استرداد»^{۱۸} پوشش دهد و با منظم نمودن آن‌ها ذیل تأسیس جدید از آشفتگی این قواعد در رویه قضائی بکاهد. مهم‌ترین ایده‌آه تأسیس جدید این بود که نهاد «شبه

عقد»^{۱۹} از حوزه قراردادهای، و ضمان ناشی از استیفاء ناروا از حوزه مسئولیت مدنی^{۲۰} خارج شده و هر دو بر پایه دارا شدن ناعادلانه توجیه گردد؛^{۲۱} چرا که در شبه عقد به موجب قانون - و نه قرارداد - بر شخص تعهداتی تحمیل می‌شد که از دارا شدن ناعادلانه‌وی پیش‌گیری کند و در استیفاء ناروا نیز فرد ملزم به جبران خسارت بود تا به طور ناعادلانه دارا نشده باشد. لذا، در مجموعه قواعد حقوقی استرداد نگاهسته شد: شخصی که به‌طور ناعادلانه به هزینه شخصی دیگری بر دارائی‌اش افزوده شده ملزم به استردادش به آن شخص است.^{۲۲} بدین ترتیب با وضع این نهاد نوین، صرفنظر از آن که علت دارا شدن ناعادلانه چیست اعم از آن که علت آن فسخ عقدی بوده که به موجب آن یکی از طرفین از مال یا خدمتی بهره‌مند شده و یا آن که علت آن استیفاء ناروا بوده است آن مال و یا معادل آن خدمت، به جهت آن که بدون پرداخت هزینه‌اش به دارائی فرد افزوده شده باید مسترد می‌شد.

نویسندگان قواعد حقوقی حاکم بر استرداد، که خود از جمله پیشتازان این حوزه علم حقوق بودند^{۲۳} به فاصله یکسال پس از انتشار این قواعد مقاله‌ای تحت همین عنوان در «فصلنامه حقوق»^{۲۴} منتشر نموده و ابعاد این نهاد نوین را تشریح کردند. ایشان اظهار داشتند که نهاد استرداد مبتنی بر دارا شدن بلا جهت بوده و چهار فرض مختلف را در

۱۹. QUASI-CONTRACT

۲۰. TORT

۲۱. قریب یک قرن است که نظم حقوقی حقوق قراردادهای کامن لا متأثر از اندیشه‌های استاد سابق حقوق قراردادهای، آرتور کوربین، (ARTHUR LINTON CORBIN) است. وی در مقاله‌ای بنیادین که در مورد شبه عقد نگاهسته ضمن اعتراف به اینکه شبه عقد ریشه در حقوق رم دارد کوشیده است ابهامات آن را برطرف کند و در نهایت شبه عقد را تعهدی قانونی تعریف می‌کند که اگرچه مبتنی بر توافق نیست ولی متعهد را ملزم می‌نماید که ارزش و بهائی را که به‌طور ناعادلانه کسب نموده مسترد دارد. (CORBIN, 1912: 550)

۲۲. "A PERSON WHO HAS BEEN UNJUSTLY ENRICHED ON THE EXPENSE OF ANOTHER REQUIRED TO MAKE RESTITUTION TO THE OTHER" (DAGAN, 2004: 11)

۲۳. وارن سیوی (WARREN A SEAVEY) و آستین سکا (AUSTIN W SCOTT) هر دو از اساتید مبرز دانشگاه هاروارد بودند که توسط بنیاد حقوق آمریکا به عنوان گزارش گر جهت نگارش دو بخش شبه عقد و استیفاء ناروا به ترتیب برگزیده شدند. ابهامات موجود در این دو نهاد و هم چنین تأثیر دو مقاله ارزشمند منتشر شده توسط دو حقوقدانان برجسته یعنی جیمز آمز (JAMES BARR AMES) و رسکو پوند (ROSCOE POUND) در زمینه مسئولیت مدنی با عنوان «تاریخچه ادعای خسارت» (THE HISTORY OF ASSUMPSIT) در سال ۱۸۸۸ و «پیشرفت حقوق در سال‌های ۱۹۱۸ و ۱۹۱۹: قاعده انصاف» (THE PROGRESS OF THE LAW IN 1918-1919: EQUITY) در سال ۱۹۲۰ در مجله حقوقی دانشگاه هاروارد باعث گردید که ایشان با نظر بنیاد حقوق آمریکا نهادی شبه عقد و استیفاء ناروا را ذیل عنوان استرداد ادغام نمایند. برای مطالعه سیر تاریخی مفهوم استرداد ملاحظه کنید: JAMES, "ANDREW KULL, BARR AMES AND THE EARLY MODERN HISTORY OF UNJUST ENRICHMENT" (2005) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES

۲۴. WARREN A SEAVEY & AUSTIN W SCOTT, RESTITUTION, THE LAW QUARTERLY REVIEW,, V. 29, 1938

۱۲. AMERICAN LAW INSTITUTE

۱۳. از جمله موسسان این بنیاد می‌توان به این افراد اشاره کرد: ویلیام تافت (WILLIAM HOWARD TAFT) بیست و هفتمین رئیس جمهور آمریکا و پس از دوره ریاست جمهوری، رئیس دیوان عالی آمریکا، چارلز هوگر (CHARLES EVANS HUGHES) عضو سابق دیوان عالی آمریکا، الیهو روت (ELIHU ROOT) وزیر امور خارجه دولت روزولت که ریاست افتخاری بنیاد را در سال ۱۹۲۳ عهده دار بود. برای مطالعه سیر تاریخی بنیاد حقوق آمریکا ر.ک. به: P. FRANK, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, 1923-1998, HOFSTRA LAW REVIEW, 1998

۱۴. قواعد حقوقی موصوف برای محاکم جنبه ارشادی داشته و الزام آور نیست ولی با وجود این، نفوذ فراوانی در نظام حقوقی کامن لا دارد به گونه‌ای که در سال‌های ابتدائی تحصیلات دانشگاهی رشته حقوق در دانشگاه‌های آمریکا این قواعد در دانشکده‌های حقوق تدریس می‌شود و پایه آموزش علم حقوق را تشکیل می‌دهد. هم چنین، محاکم طی الزامی نانوشته از این قواعد تبعیت می‌کنند و حقوقدانان نیز در تحقیقات علمی و انتشار مقالات در کنار بررسی رویه قضائی، قواعد موصوف را نیز در بخشی جداگانه بررسی و تحلیل می‌نمایند.

۱۵. RESTATEMENTS OF LAW

۱۶. نخستین سری از قواعد موصوف عبارت بودند از قواعد حقوقی حاکم بر حقوق قراردادهای (CONTRACTS) منتشره در سال ۱۹۳۲، قواعد حقوقی حاکم بر نمایندگی (AGENCY) منتشره در سال ۱۹۳۳، قواعد حقوقی حاکم بر تعارض قوانین (CONFLICTS) منتشره در سال ۱۹۳۴، قواعد حقوقی حاکم بر نهاد استرداد (RESTITUTION) منتشره در سال ۱۹۳۷، قواعد حقوقی حاکم بر مسئولیت مدنی (TORTS) منتشره در سال ۱۹۳۹، قواعد حقوقی حاکم بر تضامین (SECURITY) منتشره در سال ۱۹۴۱، قواعد حقوقی حاکم بر دادرسی (JUDGMENT) منتشره در سال ۱۹۴۲ و قواعد حقوقی حاکم بر اموال (PROPERTY) منتشره در سال ۱۹۴۴

۱۷. RESTATEMENT OF RESTITUTION

۱۸. RESTITUTION

پس از انتشار مجموعه قواعد حقوقی نهاد استرداد در سال ۱۹۳۷، نهاد استرداد به عنوان یک روش جبران خسارت اختیاری^{۲۶} در نظام حقوقی آمریکا و به تدریج در سایر کشورهای تابع حقوق کامن لا پذیرفته شد^{۲۷} و با اجماعی نانوشته به مورد اجرا گذارده شد ولی به دلیل ابهاماتی که در رابطه با مینا و هدف از استرداد در حقوق قراردادهای (و نه شبه عقد) وجود داشت اختلاف نظر ایجاد گردید؛ به گونه‌ای که پاره‌ای قضات گفتند هدف از استرداد بازگرداندن شرایط طرفین به قبل از انعقاد عقد است.^{۲۸} بعض دیگر بر ایشان خرده گرفتند که اگر سود خوانده در اثر اجرای قرارداد کمتر و یا بیشتر از خواهان باشد این هدف تأمین نمی‌شود لذا باید گفت هدف از استرداد، بازگرداندن شرایط زیان دیده به وضعیت قبل از انعقاد عقد است.^{۲۹} اما، نهایتاً در سال ۱۹۸۱ دومین سری از مجموعه‌های قواعد حقوقی با موضوع «قواعد حقوقی حاکم بر حقوق قراردادهای»^{۳۰} توسط بنیاد حقوق آمریکا منتشر گردید و به اختلافات پایان داد چرا که هدف از نهاد استرداد را پیشگیری از دارا شدن ناعادلانه عنوان نمود؛ زیرا به مسترد کننده حق داد کلیه منافعی که به طرف مقابل در اثر اجرای جزئی قرارداد رسیده است بازگرداند؛ چه منافعی که مستقیماً به وی رسیده بود و چه غیر مستقیم؛ بدین ترتیب، چنانچه در عقد اجاره مستأجر نصف کل اجاره را پیش پیش پرداخته بود ولی موجر به تعهد خود مبنی بر تسلیم مورد اجاره عمل ننموده بود مستأجر حق می‌یافت علاوه بر استرداد اجاره

۲۶. مقصود از اختیاری بودن این روش جبران خسارت آن است که افراد تکلیفی به انتخاب این روش نداشتند و می‌توانستند از روش‌های دیگر چون جبران منافع مورد انتظار (Expectation Damages) و یا جبران منافع تقویت شده ناشی از اعتماد (Reliance Damages) بهره ببرند.

۲۷. برای مطالعه نهاد استرداد در نظام حقوقی انگلیس و ایرلند و استرالیا ملاحظه کنید: Tettenborn, Andrew, *The Law of Restitution in England and Ireland*, Third Edition, Cavendish Publishing Limited, 2002

Mason, Keith, Carter, John W., *Restitution Law in Australia*, Butterworths, 1995

۲۸. دعوی Bollenback V. Continental causality Co (1965) بدین عبارت: "The purpose of rescission and restitution is to return the parties as near as possible to their respective positions prior to the formation of the contract so that each of the parties will be free to obtain his desired performance elsewhere"

۲۹. دعوی Acme Process Equip. Co V. United States (1965) بدین عبارت:

"The purpose is to restore the injured party to the pre-contract status quo, not to put him in his post-contract position"

30. RESTATEMENT (SECOND) OF THE LAW OF CONTRACTS

بر می‌گیرد: فرض نخست، مواردی است که در اثر اشتباه در قرارداد، مالی به دیگری منتقل شده و یا خدمتی به وی ارائه شده است؛ چه آن که در اصل وجود قرارداد اشتباه رخ داده باشد همچون فرضی که فرد خود را از لحاظ قراردادی متعهد می‌دانسته و خدمتی را ارائه نموده ولی بعدها متوجه شده قرارداد سابقاً اقاله و یا فسخ گردیده است یا اینکه اشتباه در مفاد قرارداد رخ داده باشد و یا اعتقاد به وجود تعهد و یا وجود حق مالکیت نسبت به مال منتقل شده، و چه اینکه اشتباه رأساً توسط خود فرد رخ داده باشد و یا اینکه طرف مقابل یا شخص ثالث آن را با تدلیس و تقلب ایجاد نموده باشند. لذا، فردی که در اشتباه بوده ذیل این نهاد حق خواهد داشت مال موصوف و یا معادل ارزش خدمت ارائه شده را «استرداد» نماید. فرض دوم، مواردی است که فردی بالاجبار به دیگری منافی رسانیده است. در این صورت نیز وی می‌تواند منافع موصوف را «استرداد» نماید. باید توجه داشت این فرض تنها شامل اجبار غیرقانونی همانند اکراه در اثر تهدید به اعمال نامشروع نمی‌گردد؛ بلکه، مواردی را نیز در برمی‌گیرد که به عنوان مثال فرد به دلیل مسئولیت تضامنی با بدهکار اصلی، بالاجبار بدهی وی را می‌پردازد و از این طریق بدهکار حقیقی را منتفع می‌نماید. اما فرض سوم شامل مواردی است که یکی از طرفین قرارداد به تعهد خود عمل نموده و ملک و یا وجوه موضوع معامله را به دیگری منتقل کرده ولی به دلایلی ما به ازاء را به دست نیاورده است. چه اینکه به دلیل نقض عهد طرف مقابل ما به ازاء به وی نرسیده و یا آن که به دلیل بطلان معامله در اثر تدلیس و یا عدم اهلیت یکی از طرفین و یا نامشروع بودن معامله؛ و در نهایت، فرض چهارم مواردی است که عموماً تعبیر شبه عقد در مورد آن‌ها بکار می‌رود، یعنی مواردی که فردی بدون اینکه تعهدی متوجه وی باشد و یا حتی بدون رضایت طرف مقابل به وی منافی می‌رساند همچون جراحی که بیمار بیهوش را بدون اخذ نظرش جراحی می‌کند تا وی را از خطر مرگ برهاند.^{۳۰} بدین ترتیب نویسندگان تفکیکی میان حقی که به عنوان مثال مسترد کننده بر مبنای تدلیس و یا عیب در قرارداد به دست آورده با سایر موارد قائل نشده و با نگاهی کاملاً کاربردی با حذف نهاد فسخ عقد وهم چنین شبه عقد و اداره فضولی مال غیر و سایر مواردی که فردی محق به استرداد مال یا ما به ازاء آن بود با هدف ایجاد نظم در احکام پراکنده‌ای از این دست که در نظام حقوقی کامن لا وجود داشت نهاد «استرداد» را در کنار حقوق قراردادهای حقوق مسئولیت مدنی تأسیس نمودند (Seavey & Scott, 1938: 30-31) و بدین ترتیب نهاد فسخ از حوزه قراردادهای قبل از آن که فرصت بیابد تا خود را به عنوان نهادی مستقل ارائه نماید حذف گردید.

بند دوم: مبنای حقوقی استرداد

۲۵. مواردی از این قبیل در نظام حقوقی ایران ذیل عنوان اداره فضولی موضوع ماده ۳۰۶ قانون مدنی مطرح می‌گردد.

بهائی که پرداخته کلیه منافی را که موجد از محل دریافت اجاره بها در طول این مدت (از هنگام دریافت اجاره بها تا استرداد آن) نیز کسب نموده مسترد دارد چرا که دلیلی برای دارا شدن موجد وجود نداشته است. لذا قواعد حقوق قراردادهای در نسخه دوم در قسمتی مقرر داشت: «فردی که قرارداد را به دلیل فقدان اهلیت، اشتباه، تدلیس، اکراه، اعمال نفوذ ناروا و یا سوء استفاده از اعتماد طرف مقابل، خاتمه می‌دهد حق خواهد داشت کلیه منافی که به طرف مقابل در اثر اجرای جزئی قرارداد و یا به اتکاء قرارداد اعطاء نموده مسترد دارد»^{۳۱} بدین ترتیب، نهاد استرداد، فسخ عقد در حقوق قراردادهای را نیز بر مبنای دارا شدن ناعادلانه پوشش می‌داد و صرفاً یک نهاد جبران خسارت همچون فسخ نبود بلکه گهگاه می‌توانست دستمایه‌ای برای افزایش ثروت استرداد کننده نیز از محل منافع مکتسبه طرف مقابل قلمداد شود. اما این مفهوم از استرداد در حقوق قراردادهای به مذاق برخی نویسندگان حقوق قراردادهای خوش نمی‌آمد و ایشان معتقد بودند این مفهوم از استرداد با مبنای حقوق قراردادهای قابل جمع نیست و مفهوم استرداد در حقوق قراردادهای چهار ابهام است. در این راستا، کالاماری و پریلو اذعان داشتند که «استرداد اصطلاحی مبهم است. گاهی به معنی بازگرداندن آن چیزی است که در نتیجه قرارداد به طرف مقابل اعطاء شده است و گاه نیز مقصود از آن جبران خسارت از زیان‌دیده است اما غالباً نتیجه هر دو معنا مشابه است»^{۳۲} پریلو نیز در مقاله‌ای که در مجله حقوقی دانشگاه کالیفرنیا منتشر نمود کوشید از این ابهام تا حدی بکاهد اگرچه توفیق چندانی نیافت (Perillo, 1973: 1219- 1226).

مبحث دوم: اصلاح نهاد استرداد و تفکیک حق فسخ از آن

بند نخست: تشتت آراء محاکم و بروز ضعف‌های نهاد استرداد

الف: دعوی وینستار: نقطه آغاز

دعوی متعددی که توسط مؤسسات پولی و بانکی علیه دولت ایالات متحده در دهه نود قرن نوزدهم میلادی به

31. «A party who has avoided a contract on the ground of lack of capacity, mistake, misrepresentation, duress, undue influence or abuse of a fiduciary relation is entitled to restitution for any benefit that he has conferred on the other party by way of part performance or reliance» (Klass, 2010: 281)

32. «Restitution is an ambiguous term, sometimes referring to the disgorging of something which has been tacking and at times referring to compensation for injury done. Often the result under either meaning of the term would be the same» (Calamari & Perillo, 1987: 9-23, Mentioned by Garner, 2004: 1340)

تبع «بحران وام و پس‌انداز»^{۳۳} مطرح گردید از ابهامات نهاد استرداد که سابقاً توسط حقوق دانان بدان اشاره شده بود آشکارا پرده برداشت و توجه اندیشمندان علم حقوق را متوجه خود نمود. ماجرا از این قرار بود که در دهه هشتاد و نود میلادی مؤسسات مالی که به امر ذخیره پس‌انداز افراد و اعطای تسهیلات خرید مسکن و اتومبیل و غیره به اقشار کم درآمد مشغول بودند به دلیل تغییر قوانین ایالات متحده و افزایش نرخ بهره دچار بحران مالی شده و در معرض ورشکستگی قرار گرفتند. در پی آن، «هیأت مدیره بانک تسهیلات مسکن فدرال»^{۳۴} که به موجب «قانون بانک تسهیلات مسکن فدرال»^{۳۵} مصوب سال ۱۹۳۲، با هدف نظارت بر مؤسسات وام و پس‌انداز تشکیل شده بود در راستای کاستن ریسک ورشکستگی‌های فاجعه بار و عظیم، «ادغام نظارتی»^{۳۶} مؤسسات مالی در معرض ورشکستگی را با مؤسسات نسبتاً سالم در دستور کار قرار داد. ساز و کار پیش بینی شده از این قرار بود که هیأت مزبور بسته‌های شامل تخفیفات مالیاتی و محاسباتی از جانب دولت را به مؤسسات مالی نسبتاً سالم پیشنهاد داد تا ترغیب شوند مؤسسات در معرض ورشکستگی را تحت نظارت قرار دهند. بر این اساس، مؤسسات سالم احتمالاً طی بازه زمانی ۲۵ تا ۳۰ سال پس از آن، به واسطه ادغام با مؤسسات در معرض ورشکستگی با توجه به بسته پیشنهادی، سود قابل توجهی کسب می‌کردند. در پی بسته پیشنهادی، برخی بانک‌ها و مؤسسات مالی، مؤسسات در معرض ورشکستگی را تحت پوشش گرفتند ولی دیری نپایید که در سال ۱۹۸۹ «قانون اصلاح و بهبود نهادهای مالی»^{۳۷} توسط کنگره آمریکا به تصویب رسید و نه تنها هیأت تسهیلات مسکن فدرال را منحل نمود بلکه با منحل اعلام نمودن مؤسسات وام و پس‌انداز، بر بسته پیشنهادی موصوف نیز خط بطلان کشید. در پی آن، در دعوی معروف و مهم «ایالات متحده علیه شرکت وینستار»^{۳۸} دیوان عالی ایالات متحده در سال ۱۹۹۶ اعلام کرد که تصویب قانون جدید توسط کنگره، نقض عهد توسط ایالات متحده در برابر آن مؤسسات مالی محسوب می‌شود که مؤسسات در معرض ریسک ورشکستگی را پوشش داده‌اند. این اظهار نظر اگرچه در دعوی مستقیم میان مؤسسات مالی علیه دولت امریکا صورت نگرفته بود ولی حکایت از این امر داشت که محاکم تصویب قانون جدید را

33. Saving-Loan Crisis

34. «FEDERAL HOME LOAN BANK BOARD»

35. Federal Home Loan Bank Act

36. Supervisory Mergers

37. Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989 (FIRREA)

38. United States v. Winstar Corp

روش جبران خسارت نیست بلکه بدو تقاضای رد عوضین و اعاده به وضع سابق است که مبتنی بر انصاف است و نه خسارات قراردادی؛^{۴۲} برخی از ایشان همان اظهارات قضات دهه شصت میلادی را تکرار کردند و معتقد بودند هدف از استرداد بازگرداندن زیان‌دیده به شرایط پیش از عقد است و نه پیش‌گیری از دارا شدن ناعادلانه.^{۴۳} این دسته نهاد استرداد را با جبران خسارت ناشی از اعتماد یکسان پنداشتند و اظهار نمودند هنگامی که ادله برای جبران خسارت ناشی از تفویض منافع مورد انتظار فراهم نباشد سراغ استرداد می‌رویم تا زیان‌دیده را به شرایط قبل از انعقاد عقد برگردانیم؛^{۴۴} در این معنا استرداد نمی‌توانست مبنائی برای سود بردن زیان‌دیده باشد بلکه صرفاً طریقی برای جبران خسارت و اعاده به وضع سابق بود ولی این معنا با تعبیر دیگری که از استرداد توسط دیوان عالی آمریکا شده بود در تناقض بود؛ چرا که در دعوی شرکت اکتشاف نفت موبیل^{۴۵} علیه دولت ایالات متحده، هنگامی که دولت ایالات متحده از تعهدش مبنی بر برگزاری تشریفات قانونی واگذاری حفاری اعماق دریا سر باز زد- با وجود اینکه اساساً ممکن بود در فرایند انعقاد قرارداد، دولت ایالات متحده با آن شرکت قرارداد منعقد نکند- به شرکت موصوف بر مبنای قاعده استرداد اجازه داده شد تا مبلغ یکصد و پنجاه میلیون دلار بابت هزینه‌های که پیشاپیش انجام داده بود تا در صورت انعقاد قرارداد بتواند تعهداتش را ایفاء نماید از دولت ایالات متحده اخذ کند.^{۴۶} لذا، روشن است که اگر دولت ایالات متحده در فرایند انعقاد قرارداد با شرکت دیگری قرارداد منعقد می‌نمود این هزینه‌ها بر دوش خود شرکت اکتشاف نفت می‌بود ولی نهاد استرداد باعث شد تا خواهان از نقض عهد دولت سود برد. بر همین مبنای، در برخی پرونده‌های مرتبط با وینستار نیز محاکم اظهار داشتند صرف‌نظر از اینکه اجرای کامل قرارداد ممکن بود عایدی برای خواهان نداشته باشد - بلکه زیان مالی نیز می‌داشت- ولی با وجود این، همچنان نهاد استرداد از وی به جهت آن که عهد شکنی نکرده حمایت می‌کند.^{۴۷} لذا برخی دیگر که این تعارضات را در مفهوم استرداد دریافتند اظهار داشتند نهاد استرداد به عنوان طریق جبران خسارت مفهومی منطقی دارد^{۴۸} و در هر پرونده‌ای معنایش متفاوت است!^(Kull, 2006: 571- 573)

بند دوم: شفاف شدن مفهوم استرداد با احیای نهاد فسخ

42. Hansen Bancorp, inc. v. United States (2005)
43. Glendale Fed. Bank, F.S.B. v. United States (2001)
44. Ibid
45. Mobil Oil Exploration
46. Mobil Oil Exploration & Producing Southeast, Inc. v. United States, (2000)
47. American Capital Corporation V. United States, (2004)
48. California Fed. Bank v. United Sates, (1999)

نوعی نقض عهد می‌دانند که در نتیجه آن مؤسسات می‌توانند از دولت آمریکا مطالبه غرامت کنند.

ب: دعوای مرتبط با وینستار و تشتت آراء محاکم

در پی اظهارنظر دیوان عالی آمریکا مبنی بر نقض عهد ایالات متحده در برابر مؤسسات مالی، بانک‌ها و مؤسسات مالی که بر اساس بسته پیشنهادی اقداماتی کرده بودند و تعداد آن‌ها متجاوز از یکصد و بیست عدد بود، این مؤسسات به صرافت طرح دعوا و مطالبه خسارت از دولت افتادند و طی دعوای متعددی از دولت ایالات متحده به دلیل عهد شکنی شکایت نموده و خواستار جبران خسارت وارده به خود به ارزش ده‌ها میلیارد دلار شدند اما دشوار بودن اثبات میزان خسارت وارده به خواهان‌های دعوای با روش متداول ارزیابی خسارت یعنی روش «جبران زیان‌های ناشی از تفویض منافع مورد انتظار»^{۳۹} - چرا که در این روش باید منافع احتمالی مؤسسات مالی در صورت عدم وضع «قانون اصلاح و بهبود نهادهای مالی» محاسبه می‌شد که غیرممکن به نظر می‌رسید- و همچنین ابهام موجود در نهاد استرداد باعث شد که مدعیان ورود خسارت بکوشند از نهاد استرداد به نفع خود تفسیر نموده و بر این مبنای مطالبه خسارت کنند. در یکی از نخستین دعوای مطروحه در این زمینه^{۴۰} دادگاه تالی، ادعای خواهان را برای مطالبه خسارات ناشی از تفویض منافع مورد انتظار رد نمود ولی با استفاده از نهاد استرداد و جبران خسارت ناشی از اعتماد، ایالات متحده را محکوم به پرداخت مبلغ ۹۰۸ میلیارد دلار کرد. اگرچه این حکم در مرحله تجدیدنظر نقض گردید ولی باعث توجه سایر مؤسسات مالی به نهاد استرداد به عنوان ابزار مطالبه خسارت شد. پیرو این دعوا، دعوای دیگری که با استناد به دعوای وینستار مطرح گردید بیش از پیش ابهام موجود در زمینه نهاد استرداد در حقوق قراردادهای آشکار کرد چرا که حقوقدانان و قضات نمی‌توانستند تعریف شفافی از استرداد در حوزه قراردادهای ارائه دهند: برخی قضات معتقد بودند هدف اساسی نهاد استرداد پیش‌گیری از دارا شدن ناعادلانه ناقض قرارداد است^{۴۱} بعض دیگر، معتقد بودند استرداد

۳۹. در نظام حقوقی کامن لای روش‌های جبران خسارت قراردادی چند روش عمده است: ۱- جبران خسارت مورد انتظار (Expectation Damages) در این روش، هدف از جبران خسارت رساندن وضعیت زیان‌دیده به شرایط اقتصادی است که در صورت اجرای قرارداد و عدم عهد شکنی برای وی حاصل می‌شد. ۲- جبران خسارت ناشی از اعتماد (Reliance Damages) در این روش هدف از جبران خسارت، رساندن وضعیت زیان‌دیده به شرایط اقتصادی است که قبل از انعقاد قرارداد داشته است و وجه تسمیه این روش نیز آن است که زیان‌دیده به عهد و سخن طرف قرارداد اعتماد کرده و قرارداد را منعقد نموده است و در اثر انعقاد قرارداد زیان اقتصادی به وی وارد شده که رفاه اقتصادی‌اش را نسبت به قبل از انعقاد قرارداد کاهش داده است. ۳- نهاد استرداد (Restitution) ۴- وجه التزام (Liquidated Damages) ۵- الزام به اجرای قرارداد از طریق وضع ضمانت اجراهای مالی (Specific Performance) (McKendrick, 2012: 812-) (951)

40. Glendale Fed. Bank, F.S.B. v. United States

41. LaSalle Talman Bank, F.S.B. v. United States (1999)

عقد

بنیاد حقوق آمریکا که با انتشار مجموعه قواعد حقوقی استرداد در سال ۱۹۳۷ نهاد «فسخ قرارداد»^{۴۹} را عامدانه کنار نهاده بود^{۵۰} تا نظم بهتری برای رویه قضائی تمهید کند در پی آشفتگی و تعارضات مفهومی ایجاد شده در مفهوم استرداد کارگروهی ویژه به سرپرستی پروفیسور «اندرو کول»^{۵۱} تشکیل داد تا با ایجاد قواعد حقوقی مناسب از ابهامات موجود در رویه قضائی بکاهد. بنیاد حقوق آمریکا که این کارگروه را با بهره گیری از اساتید و حقوقدانان مختلف تشکیل داده بود^{۵۲} نهایتاً سومین مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر نهاد استرداد و داراشدن ناعادلانه^{۵۳} را در سال ۲۰۱۱ منتشر نمود و نهاد استرداد را قاعده مند کرد. «کول» به هنگام ریشه یابی معضل ابهام در نهاد استرداد به این نتیجه رسید که «استرداد» واژه‌ای گمراه کننده است چرا که این لغت اگرچه در غالب موارد به معنی پیش گیری از دارا شدن ناعادلانه بکار می‌رود اما در بعض موارد نیز به‌طور اندک در معنی اعاده به وضع سابق استفاده شده است. لذا به دلیل

49. Rescission

۵۰. آرتور کوربین در سال ۱۹۳۲ در نخستین مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر حقوق قراردادهای (First Restatement of Contracts) عامدانه واژه استرداد (Restitution) را بجای اصطلاح فسخ عقد (Rescission) بکار برد و باعث گردید نهاد فسخ قرارداد از ادبیات حقوقی کاملاً حذف گردد. در واقع از این پس، به دنبال عهد شکنی، زیان‌دیده با استفاده از ابزارهای متداول جبران خسارت از جمله نهاد استرداد در پی جبران خسارت از خود برمی‌آمد.

۵۱. پروفیسور اندرو کول (Andrew Kull) فارغ التحصیل دانشگاه شیکاگو و استاد دانشگاه‌های به سستون و تگزاس آمریکا است که متخصص نهاد حقوقی استرداد به شمار می‌رود و مقالات متعددی در این زمینه و با هدف شفاف سازی آن منتشر نموده است که از آن جمله به موارد زیر می‌توان اشاره کرد: Kull, Andrew, Rationalizing Restitution, *California Law Review*, 1995

Kull, Andrew, Restitution as a Remedy for Breach of Contract, *California Law Review*, 1994

Kull, Andrew, Disgorgement for Breach, the Restitution Interest, and the Restatement of Contracts, *Texas Law Review*, 2001

Kull, Andrew, Restitution in Bankruptcy: Reclamation and Constructive Trust, *American Bankruptcy Law Journal*, 1998

۵۲. برای مطالعه جزئیات فرایند طی شده در بنیاد حقوق آمریکا جهت تدوین سومین نسخه از قواعد حقوقی حاکم بر استرداد ر. ک. به:

Rendleman. Doug, Restating Restitution: The Restatement Process and Its Critics, *Washington & Lee Legal Studies Law Review*, 2008

53. The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment

این ابهام، گاه از نهاد استرداد بر مبنای دارا شدن ناعادلانه استفاده می‌شود و گاه نیز وقتی که از راههای متداول یعنی جبران خسارت ناشی از تفویض منافع مورد انتظار و جبران خسارت ناشی از اعتماد امکان جبران خسارت وجود ندارد به عنوان جایگزین جبران خسارت قراردادی. «کول» روش دوم را فسخ قرارداد نام نهاد و مدعی شد نهاد فسخ قرارداد تا قبل از انتشار نخستین مجموعه قواعد حقوقی قراردادهای اصطلاحی شناخته شده در میان حقوق دانان آمریکا بوده ولی پس از آن به دلیل حذف و جایگزینی نهاد استرداد این واژه از ادبیات حقوقی کاملاً رخت بر بسته است. (Kull, 2006: 570) لذا وی با احیای نهاد فسخ قرارداد تا حد زیادی از ابهام این نهاد کاست. در پی این تلاش‌ها، یکی از قواعد ایجاد شده در سومین مجموعه قواعد حقوقی نهاد استرداد، احیای نهاد فسخ قرارداد بود که ذیل بخش‌های ۳۷ و ۳۸ بدان پرداخته شد. بخش سی و هفتم، فسخ قرارداد را راهکاری برای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد شناسائی نمود و به طرف قرارداد حق داد با فسخ قرارداد به شرایط پیش قراردادی بازگردد و عهد شکن را ملزم نمود تا یا عین اموال و یا بهای آن چه که به وی منتقل شده را مسترد کند. البته فسخ قرارداد به عنوان راه جبران خسارت مشروط به چند مورد دانسته شد: نخست آن که تعهد عهد شکن صرفاً پرداخت وجه نبوده باشد. دوم آن که چنانچه تعهد عهد شکن غیرمالی باشد (مواردی که تعهد قائم به شخص است) مطالبه ارزش مالی تعهد در اثر فسخ امکان پذیر نیست و سوم آن که فسخ عقد موجب ورود زیان ناروا به عهد شکن و یا شخص ثالث نشود. بدین ترتیب، فسخ قرارداد به عنوان راهی برای جبران خسارت از نهاد دارا شدن ناعادلانه تفکیک شد (Ibid, 2006: 574 - 578) و لذا، تلاشی که قرن‌ها قبل در نظام حقوقی ایران، فقهاء انجام داده بودند تا در فقه نهاد فسخ قرارداد را به عنوان مبنای استرداد عوضین شناسائی نمایند در نظام حقوقی آمریکا طی چند سال اخیر در پی بی نظمی‌های فراوان ایجاد شده در آراء محاکم به وقوع پیوسته است. اما با وجود این تلاش‌ها هنوز نویسندگان نظام حقوقی آمریکا مجال نیافته‌اند تا از لحاظ نظری مبنای حق فسخ را تبیین نمایند و تفاوت میان فسخ و بطلان را تبیین نمایند.

بحث و نتیجه گیری:

نهاد فسخ قرارداد از جمله امور بدیهی در نظام حقوقی ایران به شمار می‌رود ولی این بدهت را نباید به منزله عدم اهمیت آن پنداشت. همانگونه که ملاحظه شد برخلاف نظام حقوقی ایران، در نظام حقوقی آمریکا، نه تنها حق فسخ از امور مسلم به شمار نمی‌رفته بلکه برای دهه‌های متمادی نیازی به آن احساس نشده است چرا که زیان‌دیده می‌توانسته با روش‌های دیگر جبران خسارت، زیان وارده را مرتفع نماید. در این مطالعه تطبیقی روشن شد که در تاریخ فقه نیز برخلاف تصور عمومی، حق فسخ از ابتدا موضوعی بدیهی

شهید ثانی (۱۴۱۰)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، جلد ۳، قم: کتابفروشی داوری،
"فقه الرضا" (۱۴۰۶)، مشهد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
 قمی صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۵) **"المقنع"**،
 قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
 نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۳۷۳ ه ق) منیة الطالب
 فی حاشیة المکاسب، جلد ۲، تهران: المکتبة المحمدیة،
 یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۲۱)، **"حاشیة
 المکاسب"**، جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
ج- انگلیسی

- 1- Corbin, Arthur, (1912) *Quasi-Contractual Obligations*, *Yale Law Journal*, The Yale Law Journal Company, Inc., United States of America, Vol. 21, No. 7, 533-554
- 2- Dagan, Hanoch, (2004), *The Law and Ethics of Restitution*, UK, Cambridge University Press, First Published in One Volume
- 3- Frank, John P. (1988), *The American Law Institute 1923-1998*, *Hofstra Law Review*, United States of America, NY, Issue 3, Vol. 26, 615-639
- 4- Garner, Bryan A, (2004) *Black's Law Dictionary*, United States of America, Thomson Business, Eighth Edition, One Volume
- 5- Klass, Gregory, (2010) *Contract Law in the USA*, Netherlands, Kluwer Law International, First Published in One Volume
- 6- Kull, Andrew, (2005) "James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment" *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, UK, Vol. 25, No. 2, 297-319
- 7- Kull, Andrew, (2006) "Rescission and Restitution", *The Business Lawyer*, American Bar Association, United States of America, Vol 61, 569-588
- 8- McKendrick, Ewan (2012) *Contract Law: Text, Cases and Materials*, UK, Oxford University Press, Fifth Edition
- 9- Perillo, Joseph M, (1973), *Restitution in a Contractual Context*, *Columbia Law Review*, United States of America, Vol. 73, No. 6, 1208-1226

به شمار نمی‌رفته و آنچه بر آن تأکید می‌شده استرداد عوضین بوده است و بعدها این نظریه توسط فقهاء مطرح گردیده و پس از آن نیز مبنایش مورد مذاقه توسط ایشان قرار گرفته است. در نظام حقوقی آمریکا نیز تحولاتی مشابه صورت پذیرفته است. برای سالیانی دراز، «استرداد» به عنوان یک نظریه بجای حق فسخ مورد استفاده بوده و تحولات نظام قضائی، اندیشمندان را واداشته تا مبنای استرداد در صورت عهد شکنی قراردادی را از حوزه‌های دیگر تفکیک نمایند و در این مرحله نهاد فسخ را شناسایی نموده‌اند؛ همان اتفاقی که در نظام حقوقی ایران نیز رخ داده بود اما در خصوص مبنای حق فسخ در نوشته‌های حقوقدانان آمریکایی مباحث مفصلی به چشم نمی‌خورد و به نظر می‌رسد مبنای فسخ قرارداد، عهدشکنی متعهد و لزوم جبران زیان از متعهدله بوده است که دیدگاه‌های مشابه و نظر غالب فقهاء و حقوقدانان نیز در نظام حقوقی ایران، در زمینه مبنای فسخ همین امر است ولی نکته مهم این است که در نظام حقوقی آمریکا هم چنان تفاوت روشنی از لحاظ نظری میان فسخ و بطلان به وجود نیامده و زیان‌دیده با فسخ قرارداد گویا قرارداد را از اساس باطل می‌نماید تا به مهم‌ترین اثرش یعنی استرداد عوضین دست یابد.

منابع:

- امامی، سید حسن (1384)، "حقوق مدنی"، جلد اول، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات اسلامی. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰) □ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها □، جلد پنجم، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار. اسکافی، ابن جنید محمد بن احمد کاتب بغدادی (1416) "مجموعه فتاوی ابن جنید"، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹) وسائل الشیعه، جلد ۱۸، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام. حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴) تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶)، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- شیخ انصاری، (۱۴۱۵)، **"کتاب المکاسب"**، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری در قم، مجلدات ۲ و ۵.
 شیخ طوسی (۱۴۰۷)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 شیخ محمدحسن نجفی (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی، شیخ مفید، (۱۴۱۳) **"المقننه"**، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید در قم.
 طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۵) سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی عاملی، زیدالدین ابن علی،

(1938) Restitution, *The Law Quarterly Review*,
United States of America, Vol. 29, 29-45

10- Posner, Richard A, (2003), *Economic
Analysis of law*, Netherland, Aspen Publishers,
Sixth Edition

11- Rendleman, Doug (2008), Restating
Restitution: The Restatement Process and Its
Critics, *Washington & Lee Legal Studies Law
Review*, University of Washington School of
Law, United States of America, No 65, 933-944

12- Seavey, Warren A & Scott, Austin W,