

مقاله علمی پژوهشی

از «استرداد» تا «فسخ»: مطالعه تطبیقی سیر تاریخی شناسایی حق فسخ و مبنای آن در نظام حقوقی ایران و آمریکا

محمدحسن صادقی مقدم^{۱*}، جواد شیخ^۲

۱. استاد حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران

(دریافت: ۱۳۹۶/۰۳/۰۴ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۱۶)

From Restitution to Rescission: A Comparative Review of History of Rescission's Recognition and Their Basis in Iranian and American Legal System

Mohammad Hasan Sedeghi Moghadam^{*1}, Javad Sheikh²

1. Professor of Private and Islamic Law, University of Tehran

2. Ph.D. Student in Private and Islamic Law, University of Tehran

(Received: 25/May/2017 Accepted: 06/Sep/2020)

Abstract

In Iranian and American law, Restitution; as the most important effect of rescission, has been determined similarly antecedent to rescission. In Iranian law, first, Islamic lawyers has recognized rescission as the basis of restitution and analyzed their effects while in American legal system, due to some problems and lack of unified judicial procedure, lawyers and some theorists in last years has recognized rescission as the basis of restitution. Moreover, rescission has based on two theories in Iranian legal system; Bilateral Consent and Do No Harm (LA ZARAR). In the other hand, American legal system has been based on unjust enrichment theory. In this article, first, the process of recognition of the right in two legal systems has inspected and later, the base of rescission has compared between two legal systems. The process in two legal systems (although the process in American law has happened with a long historical distance) demonstrate that due to lack of coherent theory about rescission and thereupon lack of unified Judicial procedure in common law, law theorist coming close to general theory of rescission in written legal systems.

KeyWords: Restitution, Rescission, Do No Harm Principle, Unjust Enrichment.

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 متعددهش 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، بدو 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 می کند که حقوقدانان کامن 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.

مقدمه

اهمیت حقوق قراردادهای 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^۳ 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 غیر قابل انکار قرارداد، به تبع، از 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 قراردادهای 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

قراردادهای 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 قراردادهای مطرح شده است. هم چنین، اینکه مبنای فسخ چیست خود محل بحث‌های فراوان بوده است. در نظام حقوقی ایران، بعضی فقهاء از قاعده لاضرر و ضرورت رفع لزوم عقد به هنگام برخاستن زیان از آن به عنوان مبنا سخن گفته‌اند و برخی دیگر، تخلف از شرط صریح یا ضمنی مندرج در عقد را به عنوان مبنا برگزیده‌اند. روشن است که انتخاب هر یک از این دو مبنا آثار متفاوتی خواهد داشت؛ از جمله آن که، در صورت پذیرش قاعده لاضرر به عنوان مبنا 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 ناعادلانه اوست تا آن که در پی تحولاتی - که شرح آن خواهد آمد - اگرچه نظریه فسخ جای خود را در حقوق قراردادهای 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 قضائی آمریکا رخ داده تا نهاد فسخ از نهاد استرداد تفکیک گردد، مطالعه شده است و در نهایت در قسمت نتیجه‌گیری با روشی تحلیلی مباحث جمع بندی شده است.

۱. برای مطالعه مبنای اخلاقی حقوق قراردادهای 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.

بخش نخست: حق فسخ در نظام حقوقی ایران

مبحث نخست: سیر تاریخی ایجاد نهاد فسخ

«به هم زدن معامله»^۱ با هدف استرداد عوضین در عقد لازم به موجب اراده یکی از طرفین عقد، در نظام حقوقی ایران، به تبع فقه امامیه «خیار فسخ» نام گرفته است. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۱) فقهاء، استرداد هر یک از عوضین را به مالک سابق (قبل از عقد)، مقتضای فسخ عقد دانسته‌اند؛ بدین معنا که «فسخ» مرادف با «استرداد عوضین» است و نمی‌توان فرضی را تصور نمود که فسخ عقد رخ دهد ولی استرداد عوضین صورت نپذیرد. سید محمدکاظم طباطبائی یزدی در این باره در مقام پاسخ به پرسشی می‌نویسد: مقتضای فسخ 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 بالخيار إليه إن شاء رد و إن شاء أخذ و رد علیه بالقيمة أرش العيب و إن كان العيب فی بعض ما اشتری و أراد أن یرده علی البائع رد تمامه أو رد علیه بالقيمة أرش العيب و القيمة» (فقه الرضا، ۱۴۰۶: ۲۵۳). هم چنین، شیخ صدوق نیز در المقتع از خیار فسخ نام نمی‌برد و می‌نویسد: «و اعلم أن البیعین بالخيار ما لم یفترقا، 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 خیار، 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 فيه عيباً - فقال إن

كان الشيء قائماً بعينه رده علی صاحبه و أخذ الثمن - و إن كان الثوب قد قُطع أو خيِّط أو صُبغ - يرجع به نقصان العيب» و یا در روایتی دیگر «عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله (ع) فی رجل باع أرضاً علی أنها عشرة أجرة - فاشتری المشتري منه یحدوده و نقد الثمن - و وقع صفقة البیع و افترقا - فلماً مسح الأرض إذا هی خمسة أجرة - قال إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض - و إن شاء رد البیع و أخذ ماله كله - إلا أن یكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون - فلیؤخذ و یكون البیع لازماً له - و علیه الوفاء به تمام البیع - فإن لم یکن له فی ذلك المكان غیر الأذى باع - فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله - و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸ به بعد) لذا به نظر می‌رسد اصطلاح «خیار فسخ» مبنای روایی 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 خیار، 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 خیار در عقود مختلف پرداخته است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۸ به بعد) و پس از ایشان صاحب شرایع الاحکام خیار 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

۱. 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 باشد فسخ فعلی است.

وجود اسبابی شناسائی نمایند^۱ 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 می‌یابد. لذا این دسته مبنای فسخ را قاعده لاضرر می‌دانند. علامه حلی در تذکره در مقام بررسی هر یک از اختیارات به این امر می‌پردازد؛ وی از جمله مبنای اختیار غبن را قاعده لاضرر می‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۸) هم چنین با تفکیک اختیار تدلیس از اختیار غیب، از آن جهت اختیار 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 اختیار مجلس و حیوان را نیز مبتنی بر قاعده لاضرر می‌داند و در توجیه اختیار مجلس می‌نویسد عقد بیع عقد مغایه ای است و طرفین باید فرصت تأمل پیرامون شرایط آن را داشته باشند تا از زیان خود بتوانند پیش‌گیری کنند. (همان: ۸) و در اختیار 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 می‌داند. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۲) هم چنین، شهید ثانی در شرح لمعه در مقام بحث نسبت به خیار ما یفسد لیومه اظهار می‌دارد این عقیده که پنداشته شود این خیار پس از پایان روز و فرا رسیدن شب ایجاد می‌شود 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 قرن‌های بعدی نیز این استدلال مقبول افتاده و صاحب جواهر نیز اختیارات را بر همین مبنا توجیه می‌کند و از جمله خیار عیب و غبن را بر قاعده لاضرر مبتنی می‌نماید و ایجاد حق فسخ را به عنوان راهی جهت جمع بین حق طرفین عقد (طرفی که زیان برده و طرف مقابل) معرفی می‌کند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲) نهایتاً شیخ انصاری نیز همین طریق را ادامه می‌دهد و با پیشینیان هم عقیده می‌شود که اختیارات عمدتاً با هدف رفع زیان وضع گردیده است. وی در مکاسب در مقام بررسی اختیارات از جمله خیار عیب، غبن، تدلیس، رؤیت و حتی خیار تأخیر ثمن، حق فسخ را راهی برای رفع زیان از ذوالخیار می‌داند. به عنوان نمونه، وی در مقام بررسی خیار رؤیت می‌نویسد «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 می‌دارد: «عدم فسخ عقد و انتظار بی پایان فروشنده برای دریافت ثمن زبانی بیش از زبانی که باعث ایجاد خیار غبن می‌شود 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 نفی شده است». (همان: ۴۰۶) بدین ترتیب، قاعده لاضرر به عنوان مبنای ایجاد اختیارات به نظر می‌رسد قوی‌ترین

۲. از جمله صاحب جواهر در خیار غبن می‌نویسد: «و حدیث الضرار ... نعم قد یستفاد منه المطلوب إذا أريد منه عدم مشروعیة ما فیه ضرر، مضافاً الی أصله صحه البیع و حلیته، و جبر کثیر من محال الضرر بالخیار و فتوی الأوصحاب و أن الخیار وجه جمع بین الحقین و رافع للضرر من الجانبین» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲) و در رابطه با خیار عیب نیز (همان، ۲۳: ۳۳۶)

۳. «...من أن الصبر أبدا مظنة الضرر المنفی بالخبر بل الضرر هنا أشد من الضرر فی الغبن حیث إن المبیع هنا فی ضمانه و تلفه منه و ملک لغیره لا یجوز له التصرف فیه» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۰۶) و برای ملاحظه استدلالات در خیار غبن و عیب نیز به ترتیب ر. ک. به: (همان: ۳۷۲ و ۴۳۷)

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

تردید نمی‌کند. قوانین موجود نیز با این مبنای اجتماعی سازگارتر است، زیرا در همه آن‌ها، خواه در مورد فسخ قرارداد باشد یا مطالبه آرش، هدف پرهیز از ضرر آشکار است. (همان: ۲۷۳) بدین ترتیب، به نظر می‌رسد ایشان نیز هم چون بسیاری از فقهاء قاعده لاضرر را منطقی‌ترین و محکم‌ترین مبنای اختیارات می‌دانند.

بند دوم: حکومت اراده

صرفنظر از خیار شرط و تخلف شرط که صراحتاً به اراده طرفین منتسب شده است و فقهاء نیز با استناد به قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» مبنای آن را ارادی و نه قاعده لاضرر دانسته‌اند،^۱ 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 تكون تجاره عن تراض منکم» اظهار می‌دارند اگر مغبون نسبت به قیمت واقعی آگاه می‌بود به معامله رضایت نمی‌داد.^۲ 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

استدلالی است که غالب فقهاء بدان استناد کرده‌اند و به کمک آن، قواعد اختیارات را تحلیل نموده‌اند.

نویسندگان حقوق مدنی نیز اگرچه بحث‌های فراوانی درباره مبنای اختیارات نموده‌اند ولی نهایتاً در غالب موارد نظر به قاعده لاضرر داشته‌اند. مرحوم دکتر امامی در این باره اظهار می‌دارند: «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 می‌باشد چنانکه در باقی اختیارات است، و دیگری قبول معامله با اخذ آرش یعنی تفاوت قیمت صحیح و معیب. این تنها موردی است در اختیارات، که قانون مدنی ایران اجازه قبول معامله را با اخذ آرش به متضرر داده است و در اختیارات دیگر فقط متضرر می‌تواند معامله را فسخ بنماید و یا آن را به همان نحو بپذیرد» (امامی، ۱۳۸۴: ۵۰۱) عبارت پایانی آشکار می‌کند که ایشان نه تنها خیار عیب بلکه سایر اختیارات را نیز طریقی برای رفع زیان می‌دانسته‌اند. هم چنین، مرحوم دکتر کاتوزیان در این باره بحث‌های فراوانی می‌کنند و اگرچه در بحث‌های ابتدائی در باب یافتن مبنایی واحد برای اختیارات 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 اختیارات صرف نظر نموده و اظهار می‌دارند برخی اختیارات به نظر می‌رسد 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 نمی‌کنند و این دو خیار را نیز منتسب به قاعده لاضرر می‌دانند؛ آن جا که در مقام جمع بندی در رابطه با مبنای خیار غبن می‌نویسند: «در مقام دآوری 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 می‌رسد که غبن مصداقی از خیار تخلف از شرط است و اصالت ندارد، در حالی که قانون مدنی با جداکردن خیار غبن از تخلف شرط، استقلال آن دو را تأیید می‌کند و به غبن استقلال می‌بخشد. 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 نگاشته‌اند: «باید پذیرفت در اختلاط دو هدف اجرای قرارداد و جلوگیری از ضرر غلبه با انگیزه دوم است و هر جا که تزامنی بین آن دو رخ دهد قانونگذار در حاکم ساختن قاعده نفی ضرر

۱. 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 خلافة مخالفاً للكتاب و لو لم يكن الأدلة العامة الواردة في الشروط لكنى أوفوا بالعقود لصحة هذا الشرط لأن وجوب الوفاء بما التزم به كل عاقد على نفسه إنما هو عين وجوب الوفاء بأن لا يكون العقد لزومياً في مدة كما أن شرط سقوط الخيار» (نائینی، ۱۳۷۳: ۴۰)

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

حق فسخ دومین مبنای است که غالباً توسط حاشیه نویسان مکاسب مطرح و تقویت شده است.

دو نظریه فوق، علی رغم 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 مغایه ای 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

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

در سال ۱۹۲۳ میلادی، «بنیاد حقوق آمریکا»^۳ تحت رهبری گروهی برجسته از قضات، حقوقدانان و اساتید میرز دانشکده‌های حقوق این کشور تأسیس گردید.^۴ هدف از تأسیس

قیمت عادلانه و نه بالاتر از قیمت خریداری کند نتیجه‌اش پذیرش عدم نفوذ بیع همچون معامله مکروه 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 سیدمحمد 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 و نه عیب اراده تا مستلزم بطلان باشد.^۱ بنابراین نظریه شرط ضمنی و حکومت اراده در رابطه با پاره‌ای خیار 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^۲ 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 (دواعی) 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

۱. سید محمدکاظم طباطبائی یزدی می‌نویسد: «فإنه أيضا إنما يناسب البطلان بدون الرضا وإلا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة إلى إجراء فحوى حكم الفضولی و المکره كما لا يخفى و الأولى فی توجیه الاستدلال أن يقال إن المغبون إنما أقدم على المعاملة بانیا على كون المبيع مساویا لماله به حسب القيمة و المالیة فكأنه اشترط المساواة و إذا كان أقل یكون من باب تخلف الشرط باعتبار المساواة لیس على وجه التقييد لیتوجه علیه المنع أولا و استلزامه البطلان ثانياً و لا على وجه الداعي لیرد علیه أن تخلفه لا یوجب شینا بل هو من باب الشرط الضمني نظیر وصف الصحة فیکون معتبرا على وجه تعدد المطلوب و لازم تخلفه الخیار كما فی سائر الشروط الصریحة أو الضمنية». (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۵) هم چنین برای ملاحظه استدلال مشابه ر. ک به: نائینی، ۱۳۷۳: ۵۷ الی ۶۰ و آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲ و ۱۸۳

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

3. American Law Institute

۴. 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 هوگز (Charles Evans Hughes) عضو سابق دیوان عالی آمریکا، البیهو 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:

John P. Frank, The American Law Institute, 1923-1998, Hofstra Law Review, 1998.

قرارداد - بر شخص تعهداتی تحمیل می‌شد که از دارا شدن ناعادلانه وی پیشگیری کند و در استیفاء ناروا نیز فرد ملزم به جبران خسارت بود تا به‌طور ناعادلانه دارا نشده باشد. لذا، در مجموعه قواعد حقوقی استرداد نگاشته شد: شخصی که به‌طور ناعادلانه به هزینه شخصی دیگر بر دارایی‌اش افزوده شده ملزم به استردادش به آن شخص است.^۹ 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 دارایی فرد افزوده شده باید مسترد می‌شد.

نویسندگان قواعد حقوقی حاکم بر استرداد، که خود از جمله پیشتازان این حوزه علم حقوق بودند^{۱۰} به فاصله یکسال پس از انتشار این قواعد مقاله‌ای تحت همین عنوان در «فصلنامه حقوق»^{۱۱} منتشر نموده و ابعاد این نهاد نوین را تشریح کردند. ایشان اظهار داشتند که نهاد استرداد مبتنی بر

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 امریکا تا در حوزه‌های مختلف حقوقی بتواند رویه قضائی را به‌طور غیررسمی منظم نماید.^۱ نخستین سری از «مجموعه‌های قواعد حقوقی امریکا»^۲ توسط بنیاد موصوف پس از مطالعات فراوان در رویه قضائی و منابع علمی، در دهه‌های سی و چهل قرن نوزدهم منتشر شد.^۳ در میان نخستین سری از قواعد حقوقی منتشره، «مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر نهاد استرداد»^۴ در سال ۱۹۳۷ منتشر گردید که حکایت از تأسیسی نوین در نظام حقوقی امریکا داشت؛ تأسیسی که کوشیده بود قواعدی را که در مرز میان حقوق قراردادهای و مسئولیت خارج از قرارداد قرار داشت در قالب جدید تحت عنوان «استرداد»^۵ پوشش دهد و با منظم نمودن آن‌ها ذیل تأسیس جدید از آشفتگی این قواعد در رویه قضائی بکاهد. مهم‌ترین ایده تأسیس جدید این بود که نهاد «شبه عقد»^۶ از حوزه قراردادهای و ضمان ناشی از استیفاء ناروا از حوزه مسئولیت مدنی^۷ خارج شده و هر دو بر پایه دارا شدن ناعادلانه توجیه گردد؛^۸ چرا که در شبه عقد به موجب قانون - و نه

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)

9. "A person who has been unjustly enriched on the expense of another required to make restitution to the other" (Dagan, 2004: 11)

۱۰. وارن سیوی (Warren A Seavey) و آستین سکا (Austin W Scott) هر دو از اساتید مبرز دانشگاه هاروارد بودند که توسط بنیاد حقوق امریکا به عنوان گزارشگر جهت نگارش دو بخش شبه عقد و استیفاء ناروا به ترتیب برگزیده شدند. ابهامات موجود در این دو نهاد و همچنین 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 عناوین «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 امریکا نهادهای شبه عقد و استیفاء ناروا را ذیل عنوان استرداد ادغام نمایند. برای مطالعه سیر تاریخی مفهوم استرداد ملاحظه کنید:

Andrew Kull, "James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment" (2005) Oxford Journal of Legal Studies.

11. Warren A Seavey & Austin W Scott, Restitution, The Law Quarterly Review, V. 29, 1938.

۱. 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 ابتدایی تحصیلات دانشگاهی رشته حقوق در دانشگاه‌های امریکا 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.

2. Restatements of Law

۳. 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

4. Restatement of Restitution

5. Restitution

6. Quasi-Contract

7. Tort

۸. 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 نگاشته ضمن

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 و حقوق مسئولیت مدنی تأسیس نمودند (Seavey 30-31: Scott, 1938) 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

پس از انتشار مجموعه قواعد حقوقی نهاد استرداد در سال ۱۹۳۷، نهاد استرداد به عنوان یک روش جبران خسارت اختیاری^۲ در نظام حقوقی امریکا و به تدریج در سایر کشورهای تابع حقوق کامن لا پذیرفته شد^۳ و با اجماعی نانوشته به مورد اجرا گذارده شد ولی به دلیل ابهاماتی که در رابطه با مبنا 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.^۴ بعضی دیگر بر ایشان خرده گرفتند که اگر سود خواننده 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.^۵ اما، نهایتاً در سال ۱۹۸۱ دومین سری از

دارا شدن بلا جهت بوده و چهار فرض مختلف را در 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 منافعی 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 دلیلی 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 به کار می‌رود، یعنی مواردی که فردی بدون اینکه تعهدی متوجه وی باشد و یا حتی بدون رضایت طرف مقابل به وی منافعی می‌رساند همچون جراحی که بیمار بیهوش را بدون اخذ نظرش جراحی می‌کند تا وی را از خطر مرگ برهاند.^۱ 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 و همچنین شبه عقد و اداره فضولی مال غیر و سایر مواردی که

۲. 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.

۳. 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

۴. 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”

۵. 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-

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

آن جبران خسارت از زیان‌دیده است، اما غالباً نتیجه هر دو معنا مشابه است»^۳ 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: 1226-1219).

**مبحث دوم: اصلاح نهاد استرداد و تفکیک حق فسخ از آن
بند نخست: تشتت آراء محاکم و بروز ضعف‌های نهاد
استرداد**

الف) دعوای وینستار: نقطه آغاز

دعای متعددی که توسط مؤسسات پولی و بانکی علیه دولت ایالات متحده در دهه نود قرن نوزدهم میلادی به تبع «بحران وام و پس‌انداز»^۴ 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 پس انداز 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»^۵ که به موجب «قانون بانک تسهیلات مسکن فدرال»^۶ مصوب سال ۱۹۳۲، با هدف نظارت بر مؤسسات وام و پس انداز تشکیل شده بود در راستای کاستن ریسک ورشکستگی‌های فاجعه بار و عظیم، «ادغام نظارتی»^۷ 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 بسته‌ای شامل تخفیفات مالیاتی و محاسباتی از جانب دولت را به مؤسسات مالی نسبتاً سالم پیشنهاد داد تا ترغیب شوند مؤسسات در

مجموعه‌های قواعد حقوقی با موضوع «قواعد حقوقی حاکم بر حقوق قراردادهای»^۱ توسط بنیاد حقوق امریکا 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 منافی که به طرف مقابل در اثر اجرای جزئی قرارداد رسیده است بازگرداند؛ چه منافی که مستقیماً به وی رسیده بود و چه غیر مستقیم؛ بدین ترتیب، چنانچه در عقد اجاره مستأجر نصف کل اجاره را پیش‌پیش پرداخته بود ولی موجر به تعهد خود مبنی بر تسلیم مورد اجاره عمل نموده بود مستأجر حق می‌یافت علاوه بر استرداد اجاره بهائی که پرداخته کلیه منافی را که موجر 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 موجر 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»^۲ 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 مبانی حقوق قراردادهای قابل جمع نیست و مفهوم استرداد در حقوق قراردادهای دچار 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

3. "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).

4. Saving-Loan Crisis

5. "Federal Home Loan Bank Board"

6. Federal Home Loan Bank Act

7. Supervisory Mergers

contract position"

1. Restatement (Second) of the Law of Contracts

2. "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)

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 مبنا مطالبه خسارت کنند. در یکی از نخستین دعاوی مطروحه در این زمینه^۴ دادگاه تالی، ادعای خواهان را برای مطالبه خسارات ناشی از تقویت 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، دعاوی دیگری که با استناد به دعوی وینستار مطرح گردید بیش از پیش ابهام موجود در زمینه نهاد استرداد در حقوق قراردادهای را 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^۵ بعضی دیگر، معتقد بودند استرداد روش جبران خسارت نیست بلکه بدو تقاضای رد عوضین و اعاده به وضع سابق است که مبتنی بر انصاف است و نه خسارات قراردادی^۶؛ 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^۷. این دسته نهاد استرداد را با جبران خسارت ناشی از اعتماد یکسان

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»^۱ توسط کنگره آمریکا به تصویب رسید و نه تنها هیأت تسهیلات مسکن فدرال را منحل نمود بلکه با منحل اعلام نمودن مؤسسات وام و پس انداز، بر بسته پیشنهادی موصوف نیز خط بطلان کشید. در پی آن، در دعوی معروف و مهم «ایالات متحده علیه شرکت وینستار»^۲ 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 آمریکا صورت نگرفته بود ولی حکایت از این امر داشت که محاکم تصویب قانون جدید را نوعی نقض عهد می‌دانند که در نتیجه آن مؤسسات می‌توانند از دولت آمریکا مطالبه غرامت کنند.

ب) دعاوی مرتبط با وینستار و تشتت آراء محاکم

در پی اظهار نظر 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 دعاوی 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 دعاوی با روش متداول ارزیابی خسارت یعنی روش «جبران زیان‌های ناشی از تقویت منافع مورد انتظار»^۳ - چرا که در این

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 اجرای مالی (Specific Performance) (McKendrick, 2012: 812- 951)

4. Glendale Fed. Bank, F.S.B. v. United States.
5. LaSalle Talman Bank, F.S.B. v. United States (1999).
6. Hansen Bancorp, inc. v. United States (2005).
7. Glendale Fed. Bank, F.S.B. v. United States (2001).

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

2. United States v. Winstar Corp

۳. در نظام حقوقی کامن لا 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

در سال ۱۹۳۷ نهاد «فسخ قرارداد»^۶ را عامدانه کنار نهاده بود^۷ 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»^۸ تشکیل داد تا با ایجاد قواعد حقوقی مناسب از ابهامات موجود در رویه قضائی بکاهد. بنیاد حقوق امریکا که این کارگروه را با بهره گیری از اساتید و حقوقدانان مختلف تشکیل داده بود^۹. در نهایت سومین مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر نهاد استرداد و داراشدن ناعادلانه^{۱۰} 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 به کار می‌رود، اما در بعض موارد نیز به‌طور اندک در معنی اعاده به وضع سابق استفاده شده است. لذا به دلیل این ابهام، گاه از نهاد استرداد بر مبنای

پنداشتند و اظهار نمودند هنگامی که ادله برای جبران خسارت ناشی از تقویت منافع مورد انتظار فراهم نباشد سراغ استرداد می‌رویم تا زیان دیده را به شرایط قبل از انعقاد عقد برگردانیم^۱ در این معنا استرداد نمی‌توانست مبنائی برای سود بردن زیان دیده باشد بلکه صرفاً طریقی برای جبران خسارت و اعاده به وضع سابق بود ولی این معنا با تعابیر دیگری که از استرداد توسط دیوان عالی امریکا شده بود در تناقض بود؛ چرا که در دعوی شرکت اکتشاف نفت موبیل^۲ 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 هزینه هائی که پیشاپیش انجام داده بود تا در صورت انعقاد قرارداد بتواند تعهداتش را ایفاء نماید از دولت ایالات متحده اخذ کند.^۳ 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.^۴ لذا برخی دیگر که این تعارضات را در مفهوم استرداد دریافتند اظهار داشتند نهاد استرداد به عنوان طریق جبران خسارت مفهومی منعطف دارد^۵ و در هر پرونده‌ای معنایش متفاوت است!^۶ (Kull, 2006: 571- 573)

6. Rescission

۷. 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 حقوق کامن لا حذف گردد. در واقع از این پس، به دنبال عهد شکنی، زیان دیده با استفاده از ابزارهای متداول جبران خسارت از جمله نهاد استرداد در پی جبران خسارت از خود برمی آمد.

۸. پروفیسور اندرو کول (Andrew Kull) فارغ التحصیل دانشگاه شیکاگو و استاد دانشگاه‌های به ستون و تگزاس امریکا 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.

۹. برای مطالعه جزئیات فرایند طی شده در بنیاد حقوق امریکا 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.

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

بند دوم: شفاف شدن مفهوم استرداد با احیای نهاد فسخ عقد

بنیاد حقوق امریکا که با انتشار مجموعه قواعد حقوقی استرداد

1. Ibid

2. Mobil Oil Exploration

3. Mobil Oil Exploration & Producing Southeast, Inc. v. United States, (2000)

4. American Capital Corporation V. United States, (2004).

5. California Fed. Bank v. United Sates, (1999)

ایران، در نظام حقوقی امریکا، 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 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 (۱۳۸۴). *حقوق مدنی*. جلد اول، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات اسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد پنجم، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- اسکافی، ابن جنید محمد بن احمد کاتب بغدادی (۱۴۱۶). *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 آل‌البیت علیهم‌السلام.
- حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴). *تذکره الفقهاء*. جلد ۱۱، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶). *حاشیه*

دارا شدن ناعادلانه استفاده می‌شود و گاه نیز وقتی که از راه‌های متداول یعنی جبران خسارت ناشی از تفویت 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 امریکا بوده ولی پس از آن به دلیل حذف و جایگزینی نهاد استرداد این واژه از ادبیات حقوقی کامن لا رخت بر بسته است. (Kull, 570: 2006) 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 بی‌نظمی‌های 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 نتیجه‌گیری

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

- تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی.
- عاملی، زیدالدین ابن علی، شهید ثانی (۱۴۱۰). *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*. 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: المکتبه المحمدیه، یزدی، سیدمحمد کاظم طباطبایی (۱۴۲۱). *حاشیة المکاسب*. جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- 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.
- Dagan, Hanoch (2004). *The Law and Ethics of Restitution*, UK, Cambridge University Press, First Published in One Volume.
- Frank, John P. (1988). The American Law Institute 1923-1998, *Hofstra Law Review*, United States of America, NY, Issue 3, Vol. 26, 615-639.
- Garner, Bryan A. (2004). *Black's Law Dictionary*, United States of America, Thomson Business, Eighth Edition, One Volume.
- Klass, Gregory (2010). *Contract Law in the USA*, Netherlands, Kluwer Law International, First Published in One Volume.
- Kull, Andrew (2005). "James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment" *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, 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*. جلد ۳، 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). *المقنعه*. کنگره جهانی هزاره شیخ مفید در قم.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۱۵). *سؤال و جواب*. UK, Vol. 25, No. 2, 297-319.
- _____ (2006). "Rescission and Restitution, *The Business Lawyer*, American Bar Association, United States of America, Vol 61, 569-588.
- McKendrick, Ewan (2012). *Contract Law: Text, Cases and Materials*, UK, Oxford University Press, Fifth Edition.
- Perillo, Joseph M. (1973). Restitution in a Contractual Context, *Columbia Law Review*, United States of America, Vol. 73, No. 6, 1208-1226.
- Posner, Richard A. (2003). *Economic Analysis of law*, Netherland, Aspen Publishers, Sixth Edition.
- 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.
- Seavey, Warren A. & Scott, Austin W. (1938). Restitution, *The Law Quarterly Review*, United States of America, Vol. 29, 29-45.

