

Examining the Blue Pencil Rule in Common Law and Comparing it with Islamic Jurisprudence and Law of Iran

Mohammad Hosein Vakili Moghadam¹

Received: 21/08/2020; Accepted: 02/01/2021

Abstract

The blue pencil rule in common law is one of the solutions for dealing with partial nullity of the contract according to which the examining authority can, without the request of parties, pave the way for the partial enforcement of the contract through eliminating its void part. Due to the silence and ambiguity of Iranian Civil Code in this regard and the possibility of its occurrence in contracts, it seems to be necessary to examine and explain the acceptable solution in Islamic jurisprudence and law of Iran. Paying attention to conditions and cases relative to this rule in common law, this article attempts to elucidate the justifying foundations of the rule and assess its compatibility with law of Iran. To conclude, it can be said that although the possibility of eliminating the void part of the contract is compatible with the basics of law of contracts and is supported by transactional custom and is of practical advantages, the effects of this elimination have caused many jurisprudential-legal disagreements. This article, explaining the quality of the application of this rule in the trial procedure, considers the abolition and distribution of consideration as the main effects of the partial nullity of contract compatible with the foundations of Iranian law.

Key words: Partial Nullity, Defect, Void Term, Distribution of the Consideration, Partial Enforcement of the Contract.



بررسی قاعده «مداد آبی» در کامن لائو تطبیق آن با فقه اسلامی و حقوق ایران

محمد حسین و کیلی مقدم^۱

تاریخ دریافت ۹۹/۰۵/۳۱ - تاریخ پذیرش ۹۹/۱۰/۱۳

چکیده

قاعده «مداد آبی» در کامن لائو، یکی از راهکارهای مواجهه حقوقی با بطلان جزئی عقد است که بر اساس آن مرجع رسیدگی کننده قادر است بدون نیاز به درخواست طرفین با حذف جزء فاسد زمینه اجرای جزئی قرارداد را فراهم آورد. با توجه به سکوت و اجمال قانون مدنی ایران در این زمینه و احتمال بروز این فرض در قراردادهای، بررسی و تبیین راهکار قابل پذیرش در فقه و حقوق ایران ضروری می‌نماید. در این مقاله تلاش شده است با توجه به شرایط و پرونده‌های مربوط به اعمال این قاعده در کامن لائو، مبانی توجیهی آن تبیین شده و با حقوق ایران انطباق‌سنجی شود. به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت اگرچه امکان حذف جزء فاسد از عقد با مبانی حقوق قراردادهای منطبق بوده و از پشتوانه عرف معاملات و مزایای عملی نیز برخوردار است، اما آثار این حذف اختلاف نظرات فقهی - حقوقی فراوانی به وجود آورده است. این مقاله ضمن تبیین چگونگی اعمال این قاعده در فرآیند دادرسی، فسخ و توزیع عوض را به‌عنوان آثار اصلی بطلان جزئی عقد با مبانی حقوق ایران سازگار می‌داند.

واژگان کلیدی: بطلان جزئی، انتقاص، شرط بی‌اعتبار، توزیع عوض، اجرای جزئی قرارداد.





مقدمه

از موضوعات مهم حقوق قراردادهای، تبیین رابطه طرفین در فرض بی‌اعتباری جزئی قرارداد است؛ مواجهه نظام‌های حقوقی مختلف با چنین وضعیتی یکسان نیست در حالی که ابطال تمام عقد، تحقق عقد قابل ابطال^۱ و اعطای حق فسخ به ذی‌نفع با امکان دریافت خسارات از رویکردهای قوانین مختلف است، در کامن‌لا به محاکم صلاحیت تجزیه قرارداد و «اجرای جزئی» قرارداد در این فرض اعطا شده است. این رویکرد که در راستای کارآمدتر کردن حقوق قراردادهای، جلوگیری از بروز صعوبت‌های حاصل از ابطال قرارداد در روابط حقوقی و رسمیت‌بخشیدن به تراضی به عنوان یک پدیده قابل تجزیه است، علی‌رغم برخورداری از مبانی توجیهی با چالش‌ها و ایرادات حقوقی نیز مواجه شده است. در عین حال، در کشورهای تابع کامن‌لا، با وجود پذیرش این رویکرد در مورد شرایط و محدودیت‌های اعمال آن تفاوت موضع وجود دارد. تاریخ تحولات این رویکرد که با توجه به سابقه تاریخی آن «قاعده مداد آبی»^۲ نامیده شده است، نشان از موثر بودن نقدها و تغییرات جزئی و گاه کلی در اجرای قاعده است.

این مقاله تلاش می‌کند با تبیین تغییرات تاریخی و تحلیل مفهومی، معنی و شرایط اجرای قاعده مداد آبی را معلوم نموده و با تاکید بر قوانین، نظریات حقوقی و پرونده‌های مرتبط نقاط ضعف و قوت احتمالی آن را عیان نماید. سپس بر اساس مبانی توجیهی قاعده، موضع فقه اسلام و حقوق ایران را در مواجهه با آن ارزیابی نماید. اگرچه در ضمن بحث موضع قوانین کشورهای تابع نظام حقوق نوشته نیز مورد اشاره قرار می‌گیرد، اما با توجه به خاستگاه پیدایش قاعده، تاکید اصلی بر تبیین مبانی تحلیلی قاعده در کامن‌لا است. بواسطه

1 Voidable Contract.
2 Partial Enforcement.
3 The Blue Pencil Rule.





اهمیت و رواج، اسناد بین‌المللی بویژه در عرصه تجارت بین‌المللی که نشان از شکل‌گیری نوعی هم‌سویی در قلمرو، مفاهیم و ضوابط حقوق قراردادها در عرصه جهانی است در این مقاله نیز مورد بررسی قرار گرفته‌اند تا جایگاه قاعده مداد آبی در آن‌ها معلوم شود. قانون مدنی ایران اگرچه به بحث بی‌اعتباری شرط ضمن عقد اشاره کرده است اما تبعات این بی‌اعتباری را در زمینه امکان توزیع عوض طرح ننموده است و این امر می‌تواند از نظر عملی ابهامات حقوقی و یا قضایی را موجب شود. در این مقاله با امکان‌سنجی انطباق قاعده مداد آبی با مبانی فقه و حقوق ایران پیشنهادهایی در عرصه اقدامات قضایی یا قانونی ذکر خواهد شد.

۱. مفهوم قاعده مداد آبی و پیشینه تاریخی آن

مداد آبی یک قاعده و معیار قضایی است که بر اساس آن مشخص می‌شود باید تمام قرارداد را بی‌اعتبار نمود یا صرفاً جزء فاسد و باطل بی‌اعتبار است. (Garner, 2011:196/ Kostritshy, 1988:120) در کامن‌لا در ۱۷۷۵ در یک پرونده^۱ بر این امر تصریح گردید که در صورت وجود جزء فاسد در قرارداد و امکان تجزیه آن از سایر قرارداد، تنها همان جزء بی‌اعتبار بوده و سایر اجزای قرارداد الزام‌آور است. تجزیه‌پذیری قرارداد در سال ۱۹۶۱ در قالب «قاعده مداد آبی»^۲ تبیین شد که بر اساس آن در صورتی که مرجع رسیدگی‌کننده بتواند با کشیدن مداد آبی بر بخش فاسد، آن را از کل قرارداد حذف نماید، سایر اجزای قرارداد معتبر و الزام‌آور خواهند بود (Elliott & Quinn, 2009: 242/ Peel, 2015: 1091) در مقابل «قاعده مداد قرمز» مطرح شده است که در جایی اعمال می‌شود که تمام اجزای قرارداد و کلیت عقد به تمامی خلاف قانون و بی‌اعتبار است (Hennessy & Glenn, 2018: 21).



1 Holman v. Johnson [1775], 98 Engl. Rep. 1120 (1. Cowp. 341).

2 Severability.

۳ از نظر تاریخی، مداد آبی ابزار ویراستاری کتاب، مقاله و یا هر اثر مکتوب بوده است که با استفاده از آن ویراستار قادر است بدون نیاز به تغییر مفاد اثر و صرفاً با حذف قسمت‌هایی از آن اقدام به ویرایش نماید. (Gera, 2016:



این استاندارد قضایی به قاضی اجازه می‌دهد با حذف جزء فاسد اعتبار و الزام‌آوری سایر اجزای قرارداد را حفظ نماید بی‌آنکه این امر نیازمند رضایت یا تراضی طرفین باشد. بنابراین مفاد این قاعده را نباید اقاله جزئی^۱ دانست زیرا در تحقق آن تراضی طرفین ضرورتی ندارد (Gera, 2016: 51). توجیه، پذیرش و انطباق قاعده با مبانی حقوق قراردادهای موجب گردید امروزه در مورد تمام مصادیق بی‌اعتباری و بطلان جزئی عقد، قاعده مداد آبی قابلیت استفاده داشته باشد اعم از اینکه علت بی‌اعتباری جزء مورد نظر مجهول بودن آن باشد و یا خلاف قانون بودن آن. (Rau, 2006: 37; Ben – Shahr, 2011: 875/ Stone, 2002: 376/ Sullivan, 2013: 23) اجرای قاعده مداد آبی را نباید با سایر زمینه‌ها و علل تجزیه عقد یکی دانست؛ به عنوان مثال در صورتی که عقد قابلیت تجزیه به اجزای متعدد داشته باشد و یکی از اجزای آن متعذر گردد و یا بر اساس توافق طرفین، جزئی از عقد منحل شود عقد به قراردادهای متعدد تفکیک می‌شود. در این فرض که نمونه آن را در حقوق ایران می‌توان در فرض اعمال اختیار تبعض صفقه دانست، عقد واحد به عقود متعدد منحل می‌شود.^۲ به دیگر سخن، قاعده انحلال عقد در جایی اعمال می‌شود که موضوع عقد متعدد و قابل تجزیه باشد به نحوی که بتوان برای تمام قسمت‌های تجزیه شده عوضی مستقل در نظر گرفت (فرحی، ۱۴۳۹: ۱۴۷/ رحیمی و کریمی، ۱۳۹۱: ۶۸). در حالی که با اجرای قاعده مداد آبی، عقد واحد به عقود متعدد منحل نمی‌شود بلکه اجزای یک عقد به هم پیوستگی ابتدایی خود را از دست داده و بر مبنای مداخله قضایی، جزء فاسد از سایر اجزاء منفک می‌شود.

۱ ماده (۲۸۵) قانون مدنی ایران: «موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن»
۲ در منابع فقهی هم بر این امر تأکید شده است که قاعده انحلال عقد در جایی مطرح می‌شود که عقد واحد به عقود متعدد از یک جنس تجزیه شود البته اجرای این قاعده اشکالاتی در مورد عدم متابعت از قصد طرفین بوجود آورده است زیرا به شکل معمول، معامله به صورت جزئی مورد خواست طرفین نبوده و عقد به صورت معامله مجموع در مقابل مجموع واقع می‌شود. (حسینی مراغی، ۱۴۳۷: ۷۳).





همچنین تجزیه دین با در نظر گرفتن وضعیت مدیون و تعیین مهلت عادلانه قضایی نیز اگرچه صلاحیتی قضایی برای دادگاه محسوب می‌شود اما از موضوع این مقاله خارج است؛ زیرا چنان که بیان شد قاعده مداد آبی در مورد اجرای قسمت‌های صحیح قرارداد و تفکیک جزء باطل از عقد است و به تجزیه دین بواسطه وضعیت مالی مدیون ارتباط ندارد. (عبدالحمید، چرخ‌کی کوه‌گرد، ۱۳۹۷: ۳۵۱).

۲. شرایط و زمینه‌های اعمال قاعده مداد آبی

از میان مجموع پرونده‌ها و نظریات مطرح شده در کاسه لا، می‌توان شرایط اعمال قاعده مداد آبی را به شرح زیر دانست:

۱-۲- بطلان جزئی قرارداد به هر علت: قاعده در فرضی اعمال می‌شود که جزئی از عقد بی‌اعتبار باشد. در بسیاری از پرونده‌ها^۱ و قوانین ایالات متحده آمریکا^۲ توافقات و محدودیت‌های قراردادی مغایر حقوق رقابت مشمول قاعده مداد آبی است اما گستره اجرای قاعده به این موضوع محدود نمانده و هر نوع بی‌اعتباری و بطلان جزئی از عقد را شامل می‌شود. (Suff, 2007: 97) بر این اساس بدون تفاوت بین علل بی‌اعتباری،^۳ تمام

۱ ماده (۲۷۷) قانون مدنی ایران: «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد»

2 Hopkins v. Prescott (1847) 4 C.B 578; Goldsoll v Goldman [1915] 1 Ch. 292 (17 December 1914); Jak Productions, Inc. v. Wiza, 986 F.2d 1080, 1087 (7th Cir. 1993); Stanford v. Texas, 379 U.S. 476 (1965); Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Ltd, [1894] A.C 535; Babasaheb Rahimsahed v. Rajaram Raghunath, (1931) 33 BOMLR 260; Beckett Investment Management Ltd & Ors v. Glyn Hall & Ors, [2007] EWCA Civ 613; Francotyp-Postalia Ltd v Whitehead [2011] EWHC 367 (Ch) (25 February 2011).

3 The Uniform Consumer Credit Code (UCCC), S. 5- 108 (3); Florida Statute on Restrictive Covenants, S. 542.335(1)(d)1

۴ در کاسه لا با تفکیک بین قراردادهای خلاف قانون (Illegal contract) و قراردادهای باطل (Void Contract)، اصطلاح اول اخص است و تنها شامل قراردادهایی می‌شود که موضوع آن نامشروع و خلاف قانون بوده و به این علت ممنوع و از نظر حقوقی باطل است. در عین حال عقوددی که فاقد یکی از شرایط صحت عقد محسوب می‌شوند نیز باطل خواهند بود. (Loarder, 2004: 139). شبیه این تحلیل در فقه و در تفاوت بین عقود فاسد و باطل بیان شده است. (کاسانی، ۱۹۷۱: ۲۰).





مصادیق بطلان اعم از خلاف قانون بودن، تعذر اجرای تعهد، مجهول بودن و یا ناعادلانه بودن موضوع تعهد مشمول قاعده خواهند بود. / (Beale, 2000: 1048/ Suff, 2007: 69/ Ben-Shahar, 2014: 19)

۲-۲- قابل تفکیک بودن جزء بی اعتبار از عقد: قاعده تنها در صورتی اعمال می شود که بتوان بدون تغییر در اصطلاحات و عبارات قرارداد و صرفاً مبتنی بر حذف جزء فاسد، سایر بخش های عقد را به عنوان یک قرارداد صحیح اجرا نمود. بنابراین مفاد این قاعده، در اصلی ترین معنای خود هیچ نوع صلاحیت مبتنی بر مداخله ایجابی را برای دادگاه فراهم نمی آورد و با استفاده از آن دادگاه فقط می تواند اقدام به حذف و جدا کردن جزء بی اعتبار از عقد نماید (Leong, 2005: 221/ Loader, 2004: 139). در ساده ترین شکل منظور از این شرط، به کار بردن الفاظی در قرارداد است که با استناد به آنها به عنوان جزئی مشخص در قرارداد، می توان بطلان آنها را احراز نمود بی آنکه حذف حاصل از بی اعتباری و اجرای قاعده به سایر اجزای عقد سرایت نماید. این رویکرد که «تفکیک پذیری لفظی»^{۱۴} نامیده می شود بر مبنای معنای اصلی عبارات به کاررفته در عقد، تجزیه جزء فاسد از قرارداد را امکان سنجی می نماید. (Cosson & Mazeaud, 2008: 25/ Monahan, 2010: 136).

بنابراین در صورتی که موضوع عقد خلاف قانون و یا بواسطه نادیده گرفتن اصول حقوق قراردادها باطل باشد، قاعده مداد آبی قابلیت اجرا نخواهد داشت زیرا در این فرض نمی توان «جزئی قابل تفکیک» از عقد را باطل دانست و نسبت به حذف آن اقدام نمود (Allen, 2011: 8/ Pivateau, 2008: 675). به عنوان نمونه بیان شده است قراردادی با موضوع عدم فعالیت تجاری در شهری خاص بواسطه ضوابط حقوق رقابت تجاری، ممنوع و تماماً باطل بوده و از شمول اجرای قاعده مداد آبی خارج است و قراردادی با شرط عدم

۱ رویکرد تفکیک پذیری لفظی (Textual Severability) در مقابل تفکیک پذیری مفهومی (Notional Severability) محتوا و فحوای عبارات به کاررفته در قرارداد را مدنظر قرار نمی دهد بلکه با بررسی الفاظ و دلالت ظاهری معنای آنها عقد را ارزیابی می نماید. و بر این اساس تجزیه پذیری جزء بی اعتبار را مورد ارزیابی قرار می دهد.





تجارت در مکانی خاص، مشمول قاعده عنوان شده است.^۵ همچنین در صورتی که بخشی از قرارداد به علت تعهد به ارتکاب فعل مجرمانه و یا عملی خلاف اخلاق حسنه بی اعتبار باشد تمام عقد باطل بوده و قابل تجزیه نخواهد بود.^۶ البته تعهد به ارتکاب فعل مجرمانه در صورتی مانع از تجزیه قرارداد است که متعهد با اطلاع از ماهیت مجرمانه عمل، عامدانه در مقام نقض قانون برآمده باشد (Peel, 2015: 1093/ Kumarasoorier, 2016: 12).

۲-۳- بقای عقد به صورت صحیح و قابل اجرا: ضروری است با اعمال قاعده مداد آبی آنچه باقی می ماند عقدی صحیح و قابل اجرا باشد که از تمام ارکان عقد صحیح برخوردار است. در واقع اجرای این قاعده به معنی نادیده گرفتن لزوم وجود عوض قراردادی و یا مراعات ضرورت منطقی بودن عقد نیست (Sullivan, 2013: 24). بنابراین تنها در صورتی که شرط یا جزء فرعی (Subsidiary Part) عقد باطل باشد، می توان از قاعده استفاده نمود (ابدالی، تفرشی، ۱۳۸۳: ۱۷). این تحلیل عملاً به تفکیک اثر بطلان شروط مهم و غیر مهم در کامن لا منجر می شود (Elliott & Quinn, 2009: 246/ Hennessy & Glenn, 2018: 22/ Colbe, 2018: 20).

افزون بر این منطقی نمی نماید اجرای قاعده، با حذف اجزای اساسی عقد زمینه اجرای توافقی مغایر با منطقی حقوق قراردادها را ایجاد نماید. بر این امر در «قانون شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف کننده»^۷ «دستورالعمل شورای اتحادیه اروپا در مورد شروط غیرمنصفانه»^۸ و سند موسسه هماهنگ سازی حقوق تجارت افریقا تصریح شده است^۹ زیرا هیچ ضابطه حقوقی یا قضایی توان تغییر اوصاف اساسی قرارداد مورد تراضی

1 Attwood v Lamont [1920] 3 K.B. 571 (30 July 1920)

2 Bennett v Bennett [1952] 1 K.B. 249 .254.

3 Art. 8, Unfair Terms in consumer Contracts: "(2) The contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair term".

4 Art. 6, Council Directive 93/13/EEC, 1993: "Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms".

5 Art. 3/18, Uniform Act on Contract Law, OHADA (Organization for the Harmonization of African Business Law).





طرفین را نخواهد داشت. به عنوان مثال با اعمال قاعده مداد آبی امکان تبدیل عقدی معوض، به عقدی رایگان و بدون عوض قراردادی وجود ندارد.

۲-۴- مراعات قصد طرفین و عدم تغییر ماهیت قرارداد: با استفاده از قاعده مداد آبی امکان هیچ نوع اصلاح،^۱ طراحی مجدد^۲ و بازسازی یا تعدیل عقد فراهم نیست. در عین حال نمی‌توان با استفاده از این قاعده ماهیت آنچه مورد توافق طرفین قرار گرفته است را به عقدی دیگر تبدیل نمود (Stone, 2002: 377). البته در برخی پرونده‌ها محاکم اقدام به بازنویسی شرط خلاف قانون نموده و آن را به شرط صحیح «تبدیل» کرده‌اند^۳ همچنانکه در بسیاری از ایالات آمریکا صلاحیت تعدیل قضایی در قوانین^۴ به رسمیت شناخته شده است. به نظر برخی از مولفین در تمام این موارد که بر اساس معیار «منطقی و متعارف بودن»^۵ شروط غیر متعارف قراردادی اصلاح می‌شوند تفسیر موسع از قاعده مداد آبی اعمال می‌شود (Pivateau, 2008: 687). اما به نظر می‌رسد این صلاحیت ایجابی مبنی بر تغییر و بازسازی قرارداد را نمی‌توان به معنی دقیق، مصداق قاعده مداد آبی دانست؛ زیرا اجرای این قاعده به شکل متیقن، تنها در فرضی پذیرفته شده است که بتوان با حذف جزء فاسد از قرارداد، بقیه اجزای آن را معتبر و الزام‌آور دانست. سابقه تاریخی پذیرش و اجرای قاعده نیز همین موضع را تأیید می‌نماید. بنابراین فارغ از پذیرش یا عدم پذیرش امکان تعدیل و اصلاح قضایی، نباید آن را با قاعده مداد آبی یکسان دانست (Peel, 2015: 23).^۶ 1093/ Hennessy & Glenn, 2018: 23 بر همین اساس در برخی مجموعه‌ها مانند «اصول حقوق قرارداد اروپایی» علاوه بر تصریح به اختیار تعدیل قرارداد از سوی دادگاه در

1 Modify, Revise.

2 Redraft.

3 Mason v. Provident clothing, [1913] ac 724; Littlewoods organizations ltd v Harris, [1977] 1 wlr 1472, [1978] 1 all er 1026; Bess v. Bothman, 257 N.W.2d 791 (1977).

۴ مانند ایالات ایلینویس، نیوجرسی، پنسیلوانیا، آلاباما، آلاسکا، آریزونا، کلرادو، دلوور، فلوریدا، هاوایی، ایندیانا، کنزاس، کنتاکی، ماساچوست، نیویورک، کارولینای شمالی، داکوتای جنوبی، تنسی، تگزاس و واشنگتن (Pivateau, 2008: 687)

5 Reasonableness





فرض غیرمنصفانه بودن تعهد (ماده ۴:۱۰۹) به شکل مستقل به بطلان جزئی (ماده ۴:۱۱۶) و امکان اجرای بخشی از قرارداد نیز تاکید شده است (ماده ۱۵:۱۰۳).^۷ بنابراین نباید این مفاهیم را یکی دانست.

همچنین به موجب این شرط اجرای قاعده مداد آبی تنها در صورتی ممکن است که اثبات گردد طرفین حتی با حذف جزء فاسد یعنی بدون آن نیز همچنان به انعقاد عقد رضایت داشته‌اند. در امریکا بر اساس متون^۸ و پرونده‌های حقوقی مختلف^۹ بر این امر تاکید شده است. احراز این امر و تعیین جایگاه و اهمیت جزء فاسد در فرآیند شکل‌گیری تراضی، صرفاً بر اساس بررسی سند قرارداد صورت نمی‌گیرد بلکه بر مبنای اصل استقلال عقد و تفکیک آن از دلیل اثباتی عقد،^{۱۰} استفاده از ادله پیرامونی^{۱۱} نیز مدنظر خواهد بود. (Nebbia, 2007: 230/ Movsesian, 1995: 55) ماده (۱۳۹) قانون مدنی آلمان بر مبنای همین تحلیل مقرر می‌دارد: «اگر جزئی از عقد باطل باشد، کل عقد باطل است مگر اینکه بتوان پذیرفت قرارداد بدون جزء فاسد نیز مورد خواست و قصد طرفین قرار می‌گرفته



1 Excessive benefit or unfair advantage: «... (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.» Art. 4:109, Principles of European Contract Law.

2 Partial Avoidance: «If a ground of avoidance affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract. »

3 Partial Ineffectiveness: «(1) If only part of a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, the remaining part continues in effect unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold it». (2) Articles 15:104 and 15:105 apply, with appropriate adaptations, to a case of partial ineffectiveness», Art. 15:103, Principles of European Contract Law.

4 Restatement Second of Contract, S. 184. (1981), Louisiana Civil Code, Art. 2034.

5 Zinn, 903 F.2d at 1041-42; Allen, 591 A.2d at 272; City of Yakima, 858 P.2d at 25; National Iranian Oil Co. v. Ashland Oil, Inc., 817 F.2d 326, 333-34 (5th Cir.), cert. denied, 484 U.S. 943 (1987); Zerbetz, 708 P.2d at 1282-84

6 Contracts Independence from the Writings

7 Extrinsic Evidence



است»^{۳۲} به دیگر سخن، آنچه مهم است احراز خواست طرفین مبنی بر تداوم اعتبار و بقای عقد حتی بدون جزء فاسد است که بر مبنای تحلیل نوع تراضی و در زمان انعقاد عقد صورت می‌گیرد. امری که بر مبنای فرعی بودن جزء فاسد نیز قابل تایید است (Leong, 2006: 13/ Rau, 2005: 230). بر این امر تاکید می‌شود که با توجه به عدم نیاز به موافقت و تراضی طرفین در اجرای قاعده مداد آبی، اعمال دقت نظر قضایی در احراز این شرط دارای اهمیت فراوان است.

۳. مبانی توجیهی و مزایای استفاده از قاعده

استفاده از قاعده مداد آبی از همان ابتدا با نقد مواجه گردید که در نتیجه پیروان این قاعده ضمن تبیین مزایای استفاده، اقدام به تنقیح مبانی توجیهی آن نمودند. می‌توان گفت مهم‌ترین ایراد نسبت به این قاعده تغییر خواست طرفین و نادیده گرفتن مفاد تراضی است؛ اگرچه عدم تغییر ماهیت قرارداد و مراعات تراضی طرفین از شرایط اعمال قاعده مداد آبی است، اما مخالفین قاعده با غیر قابل انکار دانستن تاثیر جزء فاسد بر ثمن (عوض)، حتی با فرض جزئی و یا فرعی بودن جزء بی‌اعتبار، معتقدند اجرای قاعده مداد آبی با مبانی حقوق قراردادها مغایر است. بر اساس این دیدگاه صرف عدم تغییر عنوان عقد کفایت نمی‌نماید زیرا در فرآیند شکل‌گیری تراضی وجود اجزا و شروط قراردادی به شکل قطعی در رغبت طرفین در انعقاد عقد موثر است و نادیده گرفتن آن‌ها توجیه‌پذیر نیست (Leong, 2005: 230). در واقع فرعی بودن یک قسمت از عقد به معنی عبث بودن آن نیست و نباید پنداشت می‌توان با مداخله قضایی آن را از عقد حذف نمود بی‌آنکه بر کلیت عقد موثر شود. (Elliott & Quinn, 2009: 245) بر همین اساس کمیسیون حقوقی بریتانیا، اجرای این قاعده را از موجبات داراشدن بلاجهت دانسته است.^{۳۳}

1 Art. 139, Civil Code of Germany (BGB): «If a part of a legal transaction is void, then the entire legal transaction is void, unless it is to be assumed that it would have been undertaken even without the void part. »
2 Law Commission, 2000, Illegal Transactions: the Effect of Illegality on Contracts and Trust, available at: http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp189_Illegality_Defence_Consultation.pdf





در مقابل در پرونده‌ها و منابع حقوقی پاسخ مشخصی به نقدهای فوق مطرح نشده است و صرفاً بر لزوم حفظ عنوان و قالب قرارداد تاکید می‌شود. در واقع در کامن‌لا، عملاً تعلق بخشی از عوض به شرط و یا قابلیت تجزیه بهای قراردادی متناسب با اجزای قرارداد پذیرفته نشده است. از نوع استدلال‌های به کاررفته در پرونده‌ها نیز می‌توان استنباط نمود شرط بی‌اعتبار، معدوم قلمداد شده در نتیجه موجودیتی برای آن فرض نمی‌شود تا بخشی از عوض در مقابل آن قرار گیرد. البته در برخی نظرات پیشنهاد شده نوع ممنوعیت، علت بی-اعتباری جزء فاسد، علم و جهل طرفین، منافع حاصل از بقای عقد و هزینه‌های از دست رفته^۳ در فرآیند اعمال قاعده مدنظر قرار گیرد تا قاعده تنها در فرضی اعمال شود که به نفع طرف زیان‌دیده باشد (Pivateau, 2008: 674). با این همه، تصریح شده است ضرورتی ندارد بخش بی‌اعتبار دارای جزء مشخصی از عوض قراردادی باشد^۴ در فرضی که قسمت معینی از ثمن در ازای بخش بی‌اعتبار قابل تعیین نباشد، همچنان تجزیه قرارداد ممکن است. (Peel, 2015: 1096)

همچنین بیان شده است اعمال قاعده، منطبق با مبانی «بازدارندگی موثر»^۵ است که در مقام کاهش هزینه‌های حاصل از عدم بطلان قرارداد بویژه در فرضی است که موضوع عقد در چندین رابطه حقوقی منتقل شده است. در واقع عدم اجرای قرارداد و بازگرداندن وضعیت به حالت سابق هزینه‌های فراوانی را برای طرفین بوجود می‌آورد که از نظر اقتصادی برای جامعه نیز زیان‌بار است؛ زیرا هزینه‌های انعقاد و پیگیری بطلان عقد می‌تواند در زمینه دیگری مورد استفاده قرار گیرد. بنابراین در مواردی که می‌توان با شرایط پیش-گفته صرفاً جزء بی‌اعتبار عقد را حذف نموده و از بطلان تمام عقد جلوگیری نمود، قاعده مداد آبی توجیه‌پذیر است (Kostritsky, 1998: 121).

کوتاه سخن اینکه، در تحلیل مبانی قاعده، نباید مبتنی بر یک‌جانبه‌گرایی و تفسیر مضیق از حقوق قراردادها و تحلیل اراده طرفین و تراضی اقدام نمود زیرا اجرای این قاعده



1 Sunk Cost
2 Goldsoll v Goldman (1915) 1 Ch. 292.
3 Efficient Deterrence.



در مقام تأمین منافع طرفین قرارداد و در مرحله بعد، حفظ مصالح عمومی است؛ قاعده مداد آبی هزینه هدررفته قراردادی حاصل از بطلان قرارداد را کاهش می‌دهد و از نظر قضایی و تبعات حاصل از بطلان نیز، با جلوگیری از دامنه‌دار شدن غیر ضروری آثار بطلان عقد دارای مزیت قاطع است.

۴. شرایط و زمینه‌های بی‌اعتباری جزئی عقد در فقه اسلامی

اگرچه مبانی تحلیلی بطلان جزئی قرارداد در میان مذاهب خمسسه اسلامی یکسان است اما قالب و چگونگی بحث فقهای امامیه با سایر مذاهب فقهی متفاوت است؛ در فقه امامیه بی‌اعتباری جزئی قرارداد در ذیل بی‌اعتباری «شرط ضمن عقد» صورت‌بندی و طرح شده است که بر اساس آن و نظر به اینکه شرط، نسبت به موضوع اصلی عقد ماهیتی فرعی و تکمیلی دارد با بسیاری از مباحث مرتبط با شرایط اعمال قاعده مداد آبی منطبق است. در عین حال، دقت نظر فقها و تصریح به اینکه تعذر و بی‌اعتباری شرط در هر صورت مشمول بی‌اعتباری جزئی عقد است، اعم از اینکه تعذر در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته و یا بعد از آن عارض شده باشد،^۷ (انصاری، ۱۳۸۳: ۳۹ / خویی، ۱۴۱۴: ۳۱۳) علاوه بر تاکید بر فرعی بودن ماهیت شرط ضمن عقد، بسیاری از ابهامات حاصل از اجرای قاعده مداد آبی را رفع می‌نماید. بر مبنای همین رویکرد در کتب فقهی با تفکیک میان شروط فاسد و مفسد، تحلیل در مورد چگونگی و آثار بطلان جزئی تنها به شرط فاسد اختصاص یافته است (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۴۷) همچنانکه شرط اعمال قاعده مداد آبی نیز بقای عقد با ارکانی صحیح بعد از حذف و تفکیک جزء بی‌اعتبار از آن است.

این در حالی است که بحث بی‌اعتباری جزئی در مذاهب اربعه عنوان مستقل «انتقاص» را به خود اختصاص داده و فقهای سایر مذاهب اسلامی در ذیل این عنوان به تحلیل زمینه‌ها و آثار بی‌اعتباری جزئی عقد پرداخته‌اند که با قاعده مداد آبی قابل انطباق است.

۱ ماده (۲۴۰) قانون مدنی ایران: اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود و یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت...»





انتقاص یا انقاص از ماده نقص از نظر لغوی به معنی کاستن و یا حذف (عبدالرحمن، ۱۴۰۲: ۲۷) و از نظر فقهی نیز به معنی حذف و پیراستن عقد از جزء بی اعتبار و فاسد است که در راستای اجرای سایر اجزای صحیح عقد به کار می رود (الکاروری، ۲۰۱۵: ۲۵۴/ یوسف، ۲۰۲۰: ۱۰). برای اعمال انتقاص شرایط زیر ضروری است:

۴-۱- شرایط موضوعی: انتقاص تنها در صورتی ممکن است که جزئی از عقد باطل باشد به نحوی که بتوان بدون تغییر ماهیت عقد، جزء بی اعتبار را از عقد جدا نمود. بنابراین در صورتی که موضوع اصلی عقد خلاف قانون باشد، انتقاص ممکن نیست (الکاروری، ۲۰۱۵: ۲۱۷). در عین حال انتقاص، مجوز هیچ نوع تبدیل و یا تحویل عقد به عقدی جدید نخواهد بود و ضروری است همان عقد در قالبی که مورد توافق طرفین بوده است صرفاً با حذف جزء فاسد، قابلیت اجرا داشته باشد (حسن کاظم، ۲۰۱۹: ۵۳۵). همین عامل موجب تمایز نظریه انتقاص عقد با «تثوری عقیم شدن عقد»^{۳۸} و برهم خوردن توازن قراردادی بواسطه نوسانات شدید قیمت‌ها در بازار می شود (الظروف الطارئه) (الزحیلی، ۲۰۱۵: ۲۷۳). علاوه بر امکان تجزیه موضوعی عقد، تجزیه پذیری عقد از نظر قانونی نیز ضرورت دارد؛ به عنوان مثال به موجب ماده ۵۵۶ قانون مدنی الجزایر^{۳۹} و ماده ۷۲۰ قانون مدنی عراق^{۴۰} عقد صلح از عقود غیر قابل تجزیه است. در نتیجه در مورد آن انتقاص قابل اعمال نخواهد بود (مونی، ۲۰۱۴: ۵۹/ یوسف، ۲۰۲۰: ۷).

۴-۲- شرایط ذاتی و شخصی: انتقاص تنها در صورتی اعمال می شود که احراز گردد حتی با حذف جزء فاسد، طرفین نسبت به انعقاد عقد اقدام می نمودند. بنابراین جزء فاسد در شکل گیری تعاقد و تراضی نباید از چنان اهمیتی برخوردار باشد که با حذف آن تراضی مخدوش شده و یا تغییر نماید. بر این اساس ضروری است مقام رسیدگی کننده علاوه بر متن قرارداد از تمام ادله و ضوابط تفسیر عقد بهره گیرد تا اراده حقیقی طرفین را کشف و احراز نماید (الزحیلی، ۲۰۱۵: ۲۷۴). اگرچه صورت و قالب شرط ضمن عقد به معنی فرعی

1 Frustration.

۲ «الصلح لا يتجزأ فبطان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله».

۳ «الصلح لا يتجزأ، فبطان جزء منه يقتضى بطلان العقد».





بودن آن در نظر طرفین است اما در صورتی که احراز شود علی‌رغم استفاده از قالب شرط، مفاد آن برای طرفین دارای اهمیت بنیادین است، نباید آن را دارای ماهیتی فرعی و تکمیلی دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۷۲). این شرط در قوانین مختلف تصریح شده است؛ به عنوان مثال بر اساس ماده (۱۴۳) قانون مدنی مصر مقرر شده است: «اگر بخشی از عقد باطل یا قابل ابطال باشد، تنها همان جزء بی اعتبار است مگر اینکه عقد بدون وجود آن جزء، تمام (و از نظر طرفین کامل) نباشد که در این صورت تمام عقد باطل خواهد بود». ماده (۱۳۹) قانون مدنی عراق، ماده (۹۴) قانون مدنی سودان، ماده (۱۶۶) قانون مدنی قطر و ماده (۱۰۴) قانون مدنی الجزایر^{۴۵} بر اساس مبانی مشترک و در نتیجه در قالب الفاظ یکسان و یا بسیار شبیه، بر لزوم مراعات قصد طرفین در اعمال انتقاص تصریح نموده‌اند. به عنوان مثال اگر طرفین ضمانت اجرای بی اعتباری، بطلان و یا تعدر شرطی را انفساخ قرار داده باشند، بی اعتباری این شرط زمینه انتقاص عقد را فراهم نمی آورد زیرا در صورت انتقاص اهمیت شرط در فرآیند ترازی طرفین نادیده انگاشته خواهد شد و انتقاص موجب بقای عقد بدون وجود شرطی می شود که برای طرفین دارای اهمیت بنیادین بوده است (مونه، ۲۰۱۴: ۶۰ / الزحیلی، ۲۰۱۵: ۲۷۵). همچنین است فقدان وصف اساسی مانند عتیقه بودن مبیع. زیرا در چنین بیعی وصف مزبور دارای اثر قاطع در تعیین ثمن معامله است.

- ۱ «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله»
- ۲ «إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً».
- ۳ «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو موقوفاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أو يقف إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو موقوفاً فيبطل العقد كله.»
- ۴ «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق فيبطل العقد كله.»
- ۵ «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله»



۵. ایرادات بطلان جزئی قرارداد و مبانی توجیهی آن در فقه اسلامی



اگرچه حذف جزء فاسد از قرارداد در فقه اسلامی بر اساس شرایط پیش گفته پذیرفته شده و همین نظر در قانون مدنی ایران نیز بازتاب یافته است،^{۴۶} اما طرح اشکالات مطرح شده و تبیین پاسخ به آن‌ها در تقویت مبانی و تحلیل آثار بطلان جزئی عقد موثر و دارای اهمیت فراوان است.

مهم‌ترین ایراد مطرح شده عدم متابعت از قصد طرفین و نادیده گرفتن تراضی بواسطه تجزیه عقد و حذف جزء فاسد است زیرا با فرض عدم اطلاع طرفین از بطلان و بی‌اعتباری جزئی قرارداد، متعلق قصد و تعاقد آن‌ها مجموع عقد با تمام اجزای آن بوده است. بنابراین هیچ یک از اجزای عقد منفرداً مورد توافق قرار نگرفته است تا با بی‌اعتباری جزئی از آن بتوان حکم به بقای سایر اجزای قرارداد نمود. بر همین اساس در نظر برخی از فقها، بطلان شرط یا جزئی از عقد در هر حال به بطلان تمام عقد می‌انجامد زیرا موضوع تراضی، عقد است که در واقع از اجزاء و شروط مورد توافق تشکیل شده است و نه منتزعی و منفک از آن‌ها. (عاملی، ۱۳۸۲: ۹۲/حلی، ۱۴۱۳: ۲۹۸/بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۷). حتی برخی این دیدگاه را به مشهور فقها نسبت داده‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۵).

چنانکه مطرح شد فقهای امامیه صراحتاً زمینه اجرای بطلان جزئی قرارداد را در مورد شرط ضمن عقد اختصاص داده‌اند. این مهم، اگرچه در مبانی تحلیلی قاعده مداد آبی و حتی کتب فقهی سایر مذاهب فقهی به تصریح ذکر نشده است اما با شروط اعمال قاعده مزبور، انطباق تام دارد. بر مبنای همین رویکرد پاسخ به ایراد فوق مبتنی بر تبیین و تحلیل دقیق جایگاه شرط ضمن عقد در فرآیند تراضی مطرح شده است؛ لزوم متابعت از قصد و تراضی طرفین بر اساس قواعدی مانند «العقود تابعه للقصود» به معنی ضرورت تعیین ماهیت مطلق عقد بر مبنای قصد مشترک طرفین است نه اینکه تمام آثار، ثمرات و احکام لاحق بر

۱ در ماده (۲۳۲) قانون مدنی سه نوع شرط نامقدور، نامعقول و نامشروع باطل است اما بطلان آن به عقد سرایت نمی‌کند.

۲ «... أن التراضي لم يقع إلا على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضي، فيكون الباقي تجارة لا عن تراض...» (کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۵).





عقد ضرورتاً مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد. در واقع بسیاری از احکام قانونی و عرفی در زمان انعقاد قرارداد برای طرفین مجهول بوده است و نباید به این علت اجرای آنها را خارج از قلمرو تراضی دانست^{۴۸} (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۷ / کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۶۱).

افزون بر این، آنچه بر اساس مبانی حقوق قراردادهای منع شده است، نادیده گرفتن قیود تراضی است در حالی که توافق در مورد شروط یا امور جزئی به عنوان یک امر فرعی و تکمیلی در قرارداد نشان از مقید نبودن تراضی نسبت به آنها است. کوتاه سخن اینکه، تراضی همراه با شرط واقع می‌شود و نه مقید به آن (نجفی، ۱۴۱۹: ۲۱۵). بنابراین بر خلاف آنچه در اشکال مطرح شده است، باید گفت منتفی دانستن تراضی بواسطه بی‌اعتباری جزئی فرعی در عقد، به معنی نادیده گرفتن خواست طرفین و اولویت‌بندی اجزای عقد از نظر آنها است. زیرا شروط و یا اوصاف موضوع عقد مادام که از عوارض و طواری آن محسوب می‌شوند و فقدان آنها به تغییر صورت نوعیه عرفیه و عنوان موضوع عقد نمی‌انجامد، قید تراضی محسوب نمی‌شوند و با فقدان آنها، چنان که خواهد آمد، صرفاً التزام به عقد از بین رفته و ذی‌نفع دارای حق فسخ خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۷: ۲۰۶).

بنابراین در فقه با تاکید بر عرف معاملات میان «قیود رکنی» که دارای خصوصیت اتحادی با موضوع بوده و در نظر طرفین جنبه اساسی داشته و فقدان آن به فقدان مقید منجر می‌شود، و «قیود انضمامی» که نسبت به موضوع ماهیتی عرضی دارند تفکیک صورت می‌گیرد. در مورد اخیر نفس موضوع، دارای مطلوبیت است و فقدان چنین اوصاف و یا قیودی ذات و ماهیت موضوع را تغییر نمی‌دهد تا حذف آنها از عقد به اکل مال به باطل و نادیده گرفتن تراضی منجر شود (انصاری، ۱۳۸۳: ۴۲ / خوئی، ۱۳۷۷: ۳۸۹). وانگهی، نمونه‌های فراوان پذیرش صحت عقد با وجود جزء باطل و بی‌اعتبار در احادیث^{۴۹} و کتب فقهی (مانند

۱ «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایج هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند» ماده (۲۲۰) قانون مدنی.

۲ به برخی احادیث برای بطلان عقد بواسطه بطلان جزئی استناد شده است مانند روایت عبدالملک عن رضا (ع) (وسائل الشیعه، ج ۱۲ ص ۴۰۹، باب ۳۵ از ابواب احکام عقود، حدیث ۱)، روایت حسین بن منذر عن ابی عبدالله (ع) (وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب ۵ از ابواب احکام عقود، حدیث ۴) و روایت علی بن جعفر (ع) از برادرش (وسائل





صحت نکاح با وجود شرط باطل در آن، اعم از اینکه شرط مربوط به نفس نکاح باشد و یا به مهریه ارتباط داشته باشد) اثبات می‌نماید در مبانی فقه اسلام، بی‌اعتباری جزء فاسد و عدم سرایت بطلان آن به سایر اجزای عقد مورد پذیرش فقها قرار گرفته است. جالب توجه اینکه، خیار تبعض صنفه به علت بطلان جزئی از موضوع قرارداد یا متعذر شدن بخشی از موضوع عقد منطبق با رویکرد مشهور فقها به بطلان عقد نمی‌انجامد و زیان‌دیده دارای حق فسخ است در حالی که با توجه به اهمیت موضوع عقد، احتمال مخدوش شدن تراضی در این فروض بیش از بطلان جزء فرعی قرارداد است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۷: ۲۰۵).

غرری شدن عقد بواسطه مجهول شدن عوض ایراد دوم درباره بطلان جزئی عقد است؛ بر اساس این ایراد بخشی از عوض قراردادی در ازای جزء فاسد قرار می‌گیرد زیرا در عرف معاملات هر شرط و یا جزء دارای اثر قطعی در تعیین میزان عوض است. به عنوان مثال در بیع، هر شرط به نفع فروشنده از ثمن کاسته و شروط به نفع خریدار بر آن می‌افزاید. از آنجا که به شکل معمول مابه‌ازای هر شرط و یا جزء به صورت مستقل در عقد تعیین نشده و طرفین بر مبنای مجموع شرایط قراردادی عوض را تعیین می‌نمایند، حذف جزء فاسد به معنی حذف بخشی نامعلوم از عوض است که جهل به عوض را منجر شده و بواسطه بروز غرر، به بطلان عقد می‌انجامد. (حلی، ۱۴۱۳: ۲۹۸).

در پاسخ باید گفت اولاً ایراد مطرح‌شده اخص از مدعا است زیرا زمینه اجرای قاعده مداد آبی یا بطلان جزئی، در مورد تمام انواع قراردادها وجود دارد در حالی که منع غرر تنها در عقود تباغی است و در عقود تسامحی، بلاعوض، غیر مالی و عقود مخاطره اعمال نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۴۹). ثانیاً فارغ از اشکالات و تردیدهایی که درباره مقابله عوض و اجزاء و شروط عقد مطرح شده است، حتی با پذیرش دیدگاهی که بخشی از عوض را در برابر شرط قرار می‌دهد با حذف جزء فاسد، عوض مجهول نخواهد شد؛



الشیعه، ج ۱۲، باب ۵ از ابواب احکام عقود، حدیث ۶) اما هیچ یک از این احادیث در بیان مقصود دلالت واضح نداشته و احادیث معارض آن مبنی بر صحت عقد در صورت فساد شرط نیز وجود دارد (نائینی، ۱۴۲۷: ۲۸۲)؛

خوئی، ۱۴۱۴: ۳۱۲).



زیرا در این فرض می‌توان با مراجعه به عرف یا کارشناسی و بر اساس تعیین ارزش مالی شرط، مابه‌ازای آن را تعیین نمود و با کسر مابه‌التفاوت از عوض، مانع از بروز غرر در قرارداد شد. در حالی که غرر موجب بطلان، به معنی جهل غیر قابل رفع است (موسوی بجنوردی، ۱۴۷۱: ۲۰۳). به دیگر سخن، با امکان تقویم جزء فاسد و صحیح منفرداً و منضمماً، عوضین به شکل دقیق مشخص شده و غرری بروز نمی‌نماید. به همین علت در مورد تبعض صفت و یا تعذر انجام بخشی از موضوع قرارداد نیز چنین ایرادی مطرح نشده و این موارد صرفاً به حق فسخ قرارداد منجر خواهند شد در حالی که اگر به غرر می‌انجامید، عقد باطل می‌بود (خوئی، ۱۳۷۷: ۲۷۵).

همچنین باید افزود غرر تنها در صورتی موجب بطلان عقد است که در زمان انشای عقد بروز نموده باشد بنابراین غرر طاری به معنی مجهول شدن عوض بعد از انعقاد قرارداد که در نتیجه غیرممکن شدن و یا بی‌اعتباری جزئی قرارداد بعد از انشای عقد بروز می‌نماید، مبطل عقد نخواهد بود. مانند اینکه بعد از انعقاد قرارداد اجرای بخشی از اجزای آن به موجب قانون ممنوع و بی‌اعتبار شود (انصاری، ۱۳۸۳: ۴۲ / موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۳۰۶).

۶. آثار بطلان جزئی عقد

اختلافات مربوط به توجیه فساد جزئی عقد، موجب شده است آثار آن در حقوق کامن‌لا به تفصیل بررسی نشود در حالی که در فقه اسلامی مباحث دامنه‌داری در این زمینه طرح شده است. با پذیرش مبانی قاعده، باید به این سوال پاسخ داد که نتایج و تبعات اعمال آن چیست؟ هر جزء یا شرط دارای ذی‌نفعی است که باید راهکارهای حمایت از او در فرض بطلان آن جزء قرارداد به تفصیل تبیین گردد. مهمترین روش‌های محتمل در راستای تحقق این حمایت حقوقی به شرح زیر است:

۶-۱- توزیع عوض (مطالبه ارش): درباره امکان مطالبه توزیع یا تقسیط عوض (ثمن) پس از حذف جزء فاسد دو قاعده به ظاهر متعارض در فقه مطرح شده است که مفاد و جایگاه آن‌ها نیازمند بررسی است؛ بر اساس قاعده «الشرط لا یُقَسِّطُ علیه الثمن» که به بیان-





های مختلف در فقه ذکر شده است؛ مَدلول عقد از نظر عرفی معاوضه بین عوضین است و شرط یا اوصاف موضوع عقد نهایتاً در افزایش یا کاهش رغبت موثر خواهد بود اما در زیادت یا نقصان عوض، تاثیری ندارد. در نتیجه هیچ جزئی از ثمن، مابه‌ازای شرط قرار نخواهد گرفت (خوئی، ۱۴۱۴: ۳۱۶ / طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸: ۱۸۹). بر اساس این رویکرد دریافت ارزش آنگونه که در خیار عیب و بواسطه فقدان وصف صحت مطرح می‌شود، خلاف قاعده بوده و صرفاً حکمی در مقام تدارک عیب است و نباید آن را به معنی مقابله بخشی از ثمن در ازای وصف صحت دانست. زیرا اگر مبنای ارزش چنین بود لزوماً باید بایع از عین ثمن ارزش را پرداخت می‌نمود و نه از مال دیگر. در واقع با پذیرش این مبنا، جزئی از ثمن در ازای وصف صحت قرار می‌گرفت و بواسطه فقدان آن به مالکیت بایع در نمی‌آمد و فروشنده ملزم به استرداد همان بخش از عین قلمداد می‌شد. در حالی که این تحلیل در فقه هیچ قائلی نداشته و همگان بر این امر متفق‌اند که بایع می‌تواند از مال دیگر نیز اقدام به پرداخت ارزش نماید. به دیگر سخن، ارزش با نفس مطالبه خریدار فعلیت و تثبیت می‌یابد و نه با اثبات وجود عیب و فقدان صحت. در نتیجه و به عنوان مثال اگر مشتری مطالبه ارزش نماید ذمه بایع مشغول نخواهد شد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸: ۱۸۳ / خوئی، ۱۴۱۴: ۳۱۵).

بر مبنای این رویکرد که می‌توان آن را به مشهور فقها نسبت داد (انصاری، ۱۳۸۳: ۳۶) قاعده «للشرط قسط من الثمن» به معنی تعلق ثمن به شرط نیست بلکه بر خلاف آنچه در کلام برخی از فقها آمده است (حلی، ۱۴۱۴: ۲۹۸ / طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۰۱ / طباطبایی، ۱۴۱۳: ۱۸۰). این قاعده صرفاً به معنی اثرگذاری شرط در انعقاد به صورت فی الجمله و در مقام لبّ است.^{۵۱} یعنی حذف شرط و یا جزئی از عقد بی‌تأثیر نبوده و به حق فسخ خواهد انجامید اما در تحقق معاوضه و مقابله بین عوضین تاثیری ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۷: ۲۰۳ / اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۰۱).



۱ الاوصاف لا تقابل بالاعراض، الشرط لا یوزع علیه الثمن.

۲ «... إن لم یکن الشرط مقابلاً بالمال إلا أنه ملحوظ فی زیادة الثمن و نقصانه فکأنه مقابل بالمال و لذا اشتهر أن للشرط

قسماً من الثمن یعنی فی اللب.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸: ۹۵).



البته از آنجا که ارش و تقلیل ثمن صرفاً در فرض نقص در مالیت قابل مطالبه است، در فرضی که شرط، قید یکی از عوضین بوده و موجب افزایش آن شود مطالبه ارش ممکن خواهد بود. بنابراین اگر طرفین میزان عوض را بر اساس اجزای عقد تعیین نموده و برای هر جزء از عقد، مابه‌ازای مشخصی از ثمن تعیین نمایند^{۵۲} یا شرط فعلی دارای مالیت باشد، می‌توان در فرض بی‌اعتباری اقدام به تقلیل ثمن نمود (خراسانی، ۱۴۰۸: ۲۴۸ / تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۶۰ / موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۳۵۲). زیرا در این فرض شرط به صورت انجام عملی دارای ارزش مالی و یا بواسطه ضمیمه شدن به عوضین متعلق اغراض طرفین است و بالذات دارای مالیت بوده و بخشی از ثمن در ازای آن قرار خواهد گرفت. حتی برخی از فقها تقسیط ثمن را در این فرض در هر دو صورت متساوی و مختلف‌الاجزاء بودن موضوع عقد پذیرفته‌اند. (انصاری، ۱۳۸۳: ۳۸).

رویکرد مشهور از نقد مصون نمانده است؛ ابتدا باید دانست مبنای تحلیل فقهی از قواعد «الشرط لا یُقسَطُ علیه الثمن» و «للشرط قسط من الثمن» عرف معاملات است.^۳ بنابراین در مقام تحلیل و ارزیابی رویکرد فقها همچنان باید عرف معاملات را مدنظر قرارداد. از نظر تطبیقی بیان شده است مبنای اصلی عدم توزیع ثمن بر شرط، در فقه حنفی مطرح شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۶۰). که بر اساس آن اوصاف و شروط، عرض غیر متقوم است در مقابل عین، که در تراضی و قرارداد طرفین تقویم مستقل می‌شود و در نتیجه اگر ثمن مقابل وصف قرار گیرد ترجیح تابع (وصف) بر اصل (موصوف) محقق می‌شود بنابراین نباید مطالبه ارش را در این فرض ممکن دانست (الکاروری، ۲۰۱۵: ۶۳).

در مقابل بیان شده است مبنای فسخ معامله جبران ضرر است در حالی که بواسطه نوسان قیمت‌ها چنین نیست که فسخ همواره به شکل صحیح و کامل خسارات را جبران نماید. در عین حال، هیچ مبنای عرفی محروم کردن زیان‌دیده از جبران کامل خسارات را توجیه

۱ مقایسه مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی نشان از پذیرش این رویکرد در قانون مدنی ایران دارد.

۲ «... أن الكبرى و هي أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعه لأن المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً و العرف حاكم في هذا الشرط بالمقابل...» (انصاری، ۱۳۸۳: ۳۸).





نمی‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۸۵). افزون بر این، اثبات بی‌اعتباری و بطلان جزئی قرارداد موازنه بین عوضین را بر هم می‌زند و اصلی‌ترین راهکار برای جبران این عدم توازن، مطالبه ارش است. زیرا ارش علاوه بر انطباق با قاعده لاضرر و مفاد آیه تراضی، امکان جبران خسارات همراه با ابقای عقد را فراهم می‌آورد که دارای مزیت قطعی است. حتی می‌توان گفت دریافت ارش در مورد بطلان شرط که مستقلاً مورد توافق طرفین قرار گرفته در قیاس با وجود عیب که امری احتمالی است، اولویت بیشتری دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۸۳، ۲۶۱). پیروان این دیدگاه، مبتنی بر تحلیل عرفی ارزش مالی داشتن شرط را امری قطعی و غیر قابل تردید دانسته و همین امر را برای توجیه کاستن از میزان عوض در فرض بطلان جزئی کافی می‌دانند بی‌آنکه نیازی به قیاس این ارش با فرض وجود عیب و یا ضرورت اثبات مقابله شرط با بخشی از عوض وجود داشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۳۰).

۶-۲- حق فسخ: علی‌رغم عدم تصریح در کامن‌لا، در فقه اسلامی هیچ نوع تردیدی در امکان فسخ عقد در فرض بطلان جزئی عقد وجود ندارد؛ حتی طبق دیدگاه مشهور که مقابله شرط و اجزای عقد با عوض پذیرفته نشده است، حذف شرط یا جزء به معنی از بین رفتن التزام به بقای عقد است که در نتیجه آن ذی‌نفع می‌تواند اقدام به فسخ عقد کند. در واقع التزام و پای‌بندی به عقد منوط به بقای تمام اجزای آن است به نحوی که می‌توان گفت التزام به عقد منوط و معلق به بقای شرط و تمام اجزای عقد شده است در نتیجه با اثبات و احراز بی‌اعتباری جزئی از آن، چنین التزامی از بین رفته و می‌توان اقدام به فسخ نمود (نائینی، ۱۴۲۷: ۲۰۸ / خوئی، ۱۴۱۴: ۳۲۰). برخی از حقوق‌دانان هم‌سو با تعدادی از فقها معتقدند حق فسخ در فرضی که شرط بی‌اعتبار نفع عقلایی نداشته، بوجود نمی‌آید زیرا حق فسخ در مقام جبران خسارات مشروطه است و شرط غیرعقلایی اصولاً نفعی ایجاد نمی‌نماید تا حذف آن به فسخ بیانجامد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۸۰). اما به نظر می‌رسد این دیدگاه مبتنی بر وضع غالب قابل تایید است اما اگر در فرضی خاص، مشروطه از بی‌فایده بودن شرط مطلع نباشد و حقیقتاً در مقام انعقاد و پذیرش عقد، وجود این شرط نیز انگیزه و محرکی برای او محسوب شده است، فقدان شرط و اثبات بی‌اعتباری آن وجود





حق فسخ را توجیه می‌نماید. زیرا چنانکه بیان گردید وجود هر شرط در تعیین عوض قراردادی موثر است ولو اینکه طرفین در زمان انعقاد قرارداد از بی‌اعتباری آن مطلع نبوده باشند. اطلاق ماده (۲۴۰) قانون مدنی نیز همین تحلیل را تقویت می‌نماید.

نتیجه‌گیری

اگرچه زمینه اجرای قاعده مداد آبی و بطلان جزئی قرارداد یکسان است اما مزیت نظام حقوقی کامن‌لا را می‌توان در تبیین موضوع در قالب یک تئوری یا قاعده حقوقی دانست که به شکل ضابطه‌مند، تلاش در رفع ابهام و ایضاح موضوع دارد. در مقابل در فقه اهل سنت، تئوری انتقاص عقد را می‌توان معادل قاعده مداد آبی دانست. در فقه امامیه نیز اگرچه بطلان جزئی به صورت یک قاعده مستقل فقهی صورت‌بندی و عرضه نشده است اما اختصاص بحث به بی‌اعتباری شرط ضمن عقد بسیاری از ابهامات نظری مربوط به قاعده مداد آبی را رفع نموده است. آنچه مسلم است اینکه مبتنی بر ضوابطی چون «المیسور لا یترک بالمعسور»، «ما لا یدرک کله، لا یترک کله» و با اتکا بر لزوم ابقای عقود و تحلیل مفاد تراضی طرفین، بطلان جزئی قرارداد در فقه اسلامی نیز الزاماً به بطلان تمام عقد نمی‌انجامد.

طرح اشکالات مربوط به بی‌اعتباری جزئی قرارداد در فقه اسلامی منقح‌تر بوده و پاسخ‌های ارائه شده به آن‌ها نیز بویژه در زمینه مخدوش شدن تراضی، جامع‌تر به نظر می‌رسد. همچنین تبیین دقیق آثار بطلان جزئی به صورت امکان توزیع عوض و فسخ عقد که مباحث مفصل و دقیقی را در فقه به خود اختصاص داده در کامن‌لا مطرح نشده است و مشخص نیست بعد از حذف جزء فاسد التزام طرفین به عقد چه سرنوشتی خواهد داشت.

اگرچه مستند به مواد (۲۳۲) و (۲۴۰) قانون مدنی ایران بقای عقد با بطلان جزئی آن پذیرفته شده اما آثار این امر در قانون به شکل تفصیلی مطرح نشده است؛ بر این اساس می‌توان مستند به اصل (۱۶۷) قانون اساسی و در مقام رفع اجمال قانون به نظریات فقهی مراجعه نمود. دیدگاه مشهور فقها با پذیرش فسخ عقد، توزیع ثمن را جز در فرضی که ماده (۳۸۴) قانون مدنی ایران بیان می‌دارد نمی‌پذیرد اما اکثریت حقوق‌دانان با تفکیک ماهوی





میان «ارش» و «کاستن از عوض»، معتقدند در هر فرضی که جزئی از عقد بر اساس تحلیل عرفی دارای ارزش مالی باشد بی اعتباری آن جزء، زمینه توزیع و کاستن از عوض را فراهم می آورد. بر اساس این تحلیل مفاد ماده (۳۸۴) قانون مدنی صرفاً یکی از نمونه های تقلیل ثمن است و نباید زمینه کاستن از عوض را تنها محدود به آن دانست. با توجه به لزوم مراعات عرف معاملات در تحلیل فوق، رویکرد بیان شده قابل تایید می نماید. بر اساس ادله مذکور در مقاله، بطلان جزئی عقد موجب حق فسخ است و نظریات مبتنی بر بطلان عقد قابل تایید نیست.

در حقوق ایران زمینه قضایی اجرای این قاعده با طرح دعوی اعلام بطلان جزئی عقد و یا الزام به اجرای مفاد قرارداد قابل تحقق است؛ در فرض اول ذی نفع مطلع از بطلان جزئی، با طرح دعوا و اثبات بطلان قسمتی از قرارداد در مقام فسخ و یا توزیع عوض برمی آید. از آنجا که فسخ عقد نیازمند علت حقوقی خاص است و توزیع عوض نیز با فرض پذیرش، مبتنی بر تقویم و رسیدگی قضایی است، طرح این دعوا و اثبات بطلان جزئی، علت حقوقی توجیه گر موارد فوق خواهد بود و در نتیجه دعوا مبتنی بر «نفع حقوقی» مطرح گردیده است.

اما در فرض دوم، شخص بدون اطلاع از بطلان جزئی با طرح دعوی الزام به اجرای مفاد قرارداد خواهان اجبار خوانده به اجرای عقد است. اما دادگاه با بررسی مفاد عقد به بطلان و بی اعتباری قسمتی از قرارداد آگاه شده و صرفاً حکم به اجرای بخش های صحیح عقد خواهد نمود. با توجه به مبانی ذکر شده و با احراز شروط مندرج در مقاله، دادگاه می تواند راساً و بدون نیاز به مطالبه از سوی یکی از طرفین بطلان جزئی عقد را اعلام نموده و زمینه اجرای سایر اجزای آن را فراهم آورد. ذی نفع می تواند مستند به همین حکم آثار بطلان جزئی را، مبنی بر فسخ و یا توزیع عوض مطالبه نماید.





منابع:

- ۱) ابدالی، مهرزاد، عیسی تفرشی، محمد، ۱۳۸۳ش، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ش ۱۵.
- ۲) اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه کتاب مکاسب، قم، نشر محقق، چ ۱، ج ۳.
- ۳) الزحیلی، محمد، ۲۰۱۵م، «انتقاص العقد فی الفقه و القانون»، مجله الدرایه، ش ۱۵.
- ۴) الکاروری، ابراهیم احمد، ۲۰۱۵م، «انتقاص العقد فی الفقه و القانون»، مجله الدرایه، ش ۱۵.
- ۵) انصاری، مرتضی، ۱۳۸۳ش، مکاسب، قم، انتشارات اسماعیلیان، چ ۳، ج ۳.
- ۶) بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵ق، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ج ۱۹.
- ۷) تبریزی، جواد، ۱۴۱۶ق، ارشاد الطالب الی تعلیق علی مکاسب، قم، اسماعیلیان، چ ۳، ج ۴.
- ۸) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۶ش، الفارق، تهران: گنج دانش، چ ۱، ج ۱.
- ۹) -----، ۱۳۸۱ش، تئوری موازنه، تهران، گنج دانش، چ ۱.
- ۱۰) -----، ۱۳۸۳ش، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، گنج دانش، چ ۱.
- ۱۱) -----، ۱۳۸۲ش، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش، چ ۱.
- ۱۲) حسن کاظم، علی، ۲۰۱۹م، «البطلان الجزئی للعقد کتطبیق لنظریه انتقاص العقد»، مجله کلیه التریبه الاساسیه للعلوم التریبه و الانسانیه، ش ۴۲.
- ۱۳) حسینی مراغی، میرفتاح، ۱۴۳۷ق، العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۴، ج ۲.
- ۱۴) حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ج ۵.





- ۱۵) خراسانی، محمد کاظم، ۱۴۰۶ق، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱.
- ۱۶) خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۷ش، مصباح الفقاهه، قم، مکتبه الداوری، چ ۱، ج ۵.
- ۱۷) خوئی، سید محمد تقی، ۱۴۱۴ق، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت، دارالمورخ العربی، چ ۱، ج ۱.
- ۱۸) رحیمی، حبیب...، کریمی، زهره، ۱۳۹۱ش، «مبانی تجزیه قرارداد در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش ۲.
- ۱۹) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۸ق، حاشیه المکاسب، قم، چاپ اسماعیلیان، چ ۲، ج ۱.
- ۲۰) طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۸ق، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، موسسه آل البیت، چ ۱، ج ۸.
- ۲۱) طباطبایی، سید محمد، ۱۴۲۳ق، المناهل، قم، موسسه آل البیت، چ ۱.
- ۲۲) عاملی، زین الدین بن علی، ۱۳۸۲ش، الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه، قم، دارالتفسیر، چ ۴، ج ۲.
- ۲۳) عبدالحمید، فرزانه، چرخ کوه گرد، کورش، ۱۳۹۷ش، «گستره مستثنیات ممنوعیت تجزیه تعهدات در حقوق ایران و برخی نظام های حقوقی دیگر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۸۵.
- ۲۴) عبدالرحمن، محمود، ۲۰۱۰م، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقیهه، بیروت، دارالاسلام، چ ۲، ج ۲.
- ۲۵) فرحی، سید علی، ۱۴۳۹ق، تحقیق فی القواعد الفقیهه، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۳.





- (۲۶) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ج ۳.
- (۲۷) کاسانی، علاءالدین، ۱۹۷۱م، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب العلمیه، چ ۳، ج ۹.
- (۲۸) کاشف الغطاء، سید علی، ۱۴۲۲ق، شرح خيارات اللمعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱.
- (۲۹) کرکی، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، موسسه آل البيت، چ ۲، ج ۴.
- (۳۰) محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۸ش، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱.
- (۳۱) مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، مأنه قاعده فقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۴.
- (۳۲) موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۷ق، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، چ ۱، ج ۴.
- (۳۳) موسوی خمینی، سید روح‌ا...، ۱۳۸۵ش، کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام (ره)، چ ۳، ج ۵.
- (۳۴) مونی، بوشعره، ۲۰۱۴م، «انتقاص العقد علی ضوء القانون المدنی الجزائری»، مذکره لنیل شهاده الماجیستر فی القانون «العقود و المسولیه»، جامعه الجزائر.
- (۳۵) نائینی، محمد حسین، ۱۴۲۷ق، منیه الطالب فی شرح مکاسب، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۲، ج ۳.
- (۳۶) نجفی، محمدحسن، ۱۴۱۹ق، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ ۷، ج ۲۳.



۳۷) یوسف، کاظم، ۲۰۲۰م، «العنصر النفسي و اثره في انتقاص العقد و تحوله- دراسه

المقارنه في القانونين العراق و الانكليزي»، مجله القانون، ش ۴۹.

- 38) Allen, Overy, (2011), «Basic Principles of English Contract Law, Advocates for International developments», Virginia law Journal, Vol.83.
- 39) Beale, Hugh, (2000), Chitty on Contracts, Sweet & Maxwell, thirtieth edition.
- 40) Ben-Shahar, Omri, (2011), «Fixing unfair contracts», Stanford Law Review, Vol. 63.
- 41) Ben-Shahar, Omri, (2014), «How to repair unconscionable contracts», Michigan Law & Economics research paper, no. 07-023.
- 42) Colbe, Daniel, (2019), «Severing the severability doctrines: why it is time the Supreme Court finally acknowledges, clarifies and severs this doctrine», UMKC Law Review, Vol. 88.
- 43) Cosson, Benedicte & Mazeaud, Denis, (2008), European Contract law, European Law Publisher, first edition.
- 44) Elliott Catherin & Quinn Frances, (2009), Contract Law, Pearson Education Limited, Seventh Edition.
- 45) Garner, Brayan, (2011), Black's Law Dictionary, West Publishing, ninth Edition.
- 46) Gera, Vishal, (2018), «Doctrine of blue pencil», the Journal of Law and Society, vol.20.
- 47) Hennessy Christopher & Glenn, Jeremy, (2018), «How a courts pencil color impacts restrictive covenants», Private Law Review, vol. 13.
- 48) Kostritshy, Paul, (1988), «Illegal contracts and efficient deterrence, a study in modern contract theory», Lowe law Review, vol. 78.
- 49) Kumarasoorier, Thashunthiga, (2016), «How are we using the blue pencil? A critical analysis of the application of blue-pencil rule in illegal contracts in Srilanka», International Journal of Business, Economics and Law, vol. 10, Issue, 4.
- 50) Leong, Andrew, (2005), «Vitiating factors in contract law, some key concepts and developments», Singapore Academy Law Journal, vol. 17.
- 51) Loader, David, (2004), Regulation & Compliance in operations, Butterworth-Heinemann Publications, First Published.
- 52) Monahan, Geoff, (2010), Essential Contract Law, Cavendish Publishing, Second Edition.
- 53) Movsesian, Mark, (1995), «Severability in statutes and contracts», Georgia Law Review, vol. 30.

- 54) Nebbia, Paolisa, (2007), Unfair Contract Terms in European Law, Hart Publishing, First Published.
- 55) Peel, Edwin, (2015), the Law of Contract, Sweet & Maxwell, Fourteenth Edition.
- 56) Pivateau, Griffin, (2005), «Putting the blue pencil down: an argument for specifying in non-compete agreements», Nebraska Law Review, vol. 86.
- 57) Rau, Alan, (2006), «Separability in the unide States Supreme Court», Texas Public Law and Legal Theory research Paper, No.102.
- 58) Stone, Richard, (2002), the Modern Law of Contract, Cavendish Publishing, 5th Edition.
- 59) Suff, Marnah, (2007), Essential Contract Law, Cavendish Publishing, third Edition.
- 60) Sullivan, Charles, (2013), «the Puzzling Persistence of unenforceable contracts terms», OHIO State Law Journal, vol. 70.

