



پژوهشی در تعدیل قرارداد

پدیدآورنده (ها) : فخارطوسی، جواد

فقه و اصول :: نشریه فقه اهل بیت :: پاییز ۱۳۸۰ - شماره ۲۷ (ISC)

صفحات : از ۹۶ تا ۱۳۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/310367>

تاریخ داندلود : ۱۴۰۴/۰۶/۰۴

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



مقالات مرتبط

- تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران
- مقایسه نظریه هاردشیپ و فورس مازور در اصول حقوق قراردادهای بازرگانی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و حقوق ایران
- مطالعه تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، امریکا و ایران
- اجاره به شرط تملیک و عدم تحقق شرط (بررسی تطبیقی)
- موارد رفع مسئولیت قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی و حقوق تطبیقی
- مقایسه دکترین فراستریشن و نهاد حقوقی فورس مازور
- بازشناسی تعلیق در انشاء در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران
- تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادهای
- تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز
- بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادهای در مورد شروط ضمن عقد
- شرط مجهول
- تحلیل حقوقی اندراج شرط در ضمن ایقاع و آثار آن

عناوین مشابه

- واکاوی تعدیل قضایی قرارداد در پرتو قاعده «العقود تابعة للقصود»
- بررسی تاثیر پیاده سازی جانشین پروری بر قرارداد روانشناختی کارکنان با در نظر گرفتن نقش تعدیل کنندگی سبک رهبری مدیران (مطالعه موردی بانکداری شرکتی بانک ملت)
- امکان سنجی تعدیل ضمانت اجراهای نقض تعهد در فرض اجرای اساسی قرارداد
- تعدیل قضایی قرارداد در اثر کاهش ارزش پول
- کاربرد قاعده عسر و حرج در تعدیل قرارداد
- بررسی تعدیل قضایی قرارداد توسط قاضی در حقوق ایران و مقایسه تطبیقی آن با انگلستان
- تحلیل و بررسی شروط و روش اجرای تعدیل قراردادی، قانونی و قضایی در قرارداد
- تعدیل قضایی قرارداد در اثر بیماری کرونا با توجه به حقوق ایران و آموزه های فقهی
- تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی
- اثر قرارداد در تعدیل احکام ضمان درک



«تعدیل قرارداد» یکی از پدیده‌های به ظاهر ساده و در واقع بسیار با اهمیت است. امروزه هرکس عرصه داد و ستدهای رایج را بنگرد، از حجرات ساده بازار و بنگاه‌های معاملاتی گرفته تا آبرشرکت‌های عمده اقتصادی، به موارد بی شماری بر می‌خورد که دو طرف پیمان، نیازمند تعدیل قرارداد پیشین خود می‌شوند. همچنان که نوسانات شدید اقتصادی و افزایش و کاهش مکرر نرخ کالا و خدمات، ضرورت تعدیل قراردادها را ایجاب و طرفین را در حل و فصل آنها، راهی دفاتر وکلا و مشاوران حقوقی یا محاکم قضایی می‌کند. به عنوان مثال پیمانکاری که احداث و تحویل مجتمع مسکونی را بر مبنای قیمت توافق شده متعهد گردیده است با حوادث غیر مترقبه‌ای چون سیل، زلزله، یا جنگ و بحران‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مواجه می‌گردد که بهای مصالح ساختمانی را به چند برابر قیمت روز انعقاد پیمان رسانده و عملاً ایفای تعهد را برای وی زیان آور می‌سازد. در این جاست که ضرورت تعدیل قرارداد رخ نمایانده، پذیرش یا عدم پذیرش جواز شرعی تعدیل قرارداد اهمیت فراوانی می‌یابد.

نگارنده با وقوف به اهمیت این موضوع، مصمم گردید که به طور مختصر مسأله تعدیل قرارداد را مورد بررسی قرار دهد. (البته نگاه او صرفاً نگاهی فقهی و با در نظر گرفتن لوازمی است که قواعد شرعی اقتضا می کند.) با این همه، نگارنده، خود اذعان می نماید که حق مطلب در این موضوع هنگامی ادا می شود که درباره هر یک از سر فصل ها و عناوین مطرح در این نوشتار، رساله ای مشروح و مبسوط تدوین گردیده، و تمام جهات و جوانب امر، کاویده شود. اما این نکته را نیز در نظر دارد که همیشه کار را باید از نقطه ای شروع کرد و شاید نقطه شروع کار گسترده ای که درباره این موضوع حساس باید صورت گیرد، رساله ای باشد که اینک پیش روی شماست.

ثمره آن تحقیق که در مدتی اندک و با امکاناتی بسیار محدود و با اصرار نویسنده بر مراعات جانب اختصار و کوتاه نویسی، فراهم آمده است تقدیم می گردد تا چه قبول افتد و چه در نظر آید.

آشنایی با ماهیت تعدیل قرارداد و بازشناسی آن از اعمال مشابه

«تعدیل» در لغت به معنای برابر کردن چیزی با چیزی و راست کردن آن است.^۱ در فارسی امروزی، کاستن از شدت و حدت چیزی یا عملی است.^۲ «اصطلاح تعدیل قرارداد» که نوشتار حاضر در صدد معرفی آن می باشد به معنای «اصلاح قرارداد پیشین و تغییر در شرایط و اوصاف عوض یا معوض است. این تغییر، کاستن یا افزودن در مقدار آن دو را نیز شامل می گردد.» این تغییر و اصلاح یا مستند به توافق طرفین است و یا مستند به قانون. تغییر در موضوع عقد، منحصر به تعدیل قرارداد نیست، بلکه در مواردی دیگر نیز دیده می شود که تغییر موضوع در قالب هایی ماهیتاً متفاوت با تعدیل، رخ می دهد. بنابراین باید آن قالب ها را نیز شناخته و تفاوت موجود میان تعدیل موضوعی قرارداد و اقدامات مزبور را دریافت.

۱. مصباح المنیر، ص ۳۹۶؛ لسان العرب، ج ۱۵، ص ۴۷۳؛ اقرب الموارد، ج ۲، ص ۷۵۳.

۲. لغت نامه دهخدا، ج ۴، ص ۵۷ و ۵۹.

الف) تعدیل قرارداد و تبدیل تعهد:

تبدیل تعهد یعنی تعهد و قراردادی که در گذشته بوده، ساقط، و تعهدی جدید جایگزین آن گردد.^۳

تبدیل تعهد در یکی از سه گونه خود، به تغییر موضوع قرارداد گفته می شود که در این فرض، با تعدیل قرارداد مورد بحث ما مشابهت می یابد. تبدیل تعهد در مورد موضوع به دو صورت تصور می شود:

اول- تبدیل مورد تعهد: مانند آن که کسی به کسی مقداری گندم مقروض باشد و طرفین قرار بگذارند که مدیون به عوض گندم، مبلغی پول مقروض باشد.

دوم- تبدیل سبب تعهد: مانند آن که کسی مبلغی از بابت مال الاجاره به مالک بدهکار است و دو طرف توافق کنند که آن مبلغ را مستأجر به عنوان قرض نگه دارد. در این فرض سبب تعهد که در گذشته عقد اجاره بوده متبدل به سببی دیگر، «قرض» گردیده است.

تفاوت بنیادین تبدیل تعهد در قالب موضوعی آن با تعدیل قرارداد در شکل موضوعی اش این است که در تبدیل، موضوع، تغییر جوهری و ذاتی یافته، قرارداد نخستین نابود و تعهدی تازه پیدا می شود.^۴ در حالی که تغییر حادث در پی تعدیل، در حریم جوهره و ذات موضوع راه نمی یابد.

دکتر سنهوری از نویسندگان عرب معاصر در این باره می نویسد:

«تبدیل تعهد در قانون روم، مطابقت با تعدیل قرارداد داشته است؛ زیرا در آن قانون موضوع تعهد تغییر نمی یافت بلکه شکل آن تغییر می کرد... گاه این نتیجه یا تغییر به صورت یک عنصر غیر جوهری مانند اضافه نمودن مدت یا

۳. حقوق مدنی، مصطفی عدل - منصور السلطنه، ص ۱۶۴؛ حقوق مدنی امامی، ج ۱، ص ۳۳۶؛ سقوط تعهدات، مهدی شهیدی، ص ۱۳۹، الوسیط، ج ۳، ص ۸۱۵.

۴. ر.ک: قانون مدنی ایران، ماده ۲۹۲ و ۲۹۳؛ ق.م.مصر، ص ۳۵۶؛ ق.م.سوریه، ص ۳۵۴؛ ق.م.لبنان، ص ۳۲۵/۱؛ قانون مدنی فرانسه، ص ۱۲۷۱-۱۲۸۱.

وثیقه سپاری و ... رخ می داده بنابراین تبدیل تعهد، در حقوق روم قدیم بیشتر شباهت به دست کاری در شکل و ظاهر تعهد داشت تا تغییر موضوع و طبیعت آن، اما در قانون جدید، در تبدیل تعهد، در موضوع تعهد تغییر جوهری راه می یابد تا آن جا که تعهدی جدید جایگزین سابق می شود.^۵

آنچه در ادبیات حقوقی روم قدیم عنوان تبدیل پیدا می کرد، در حقیقت «تعدیل» قرارداد بوده، لکن به علت عدم انس ذهن نویسندگان قانون در دنیای قدیم با مفاهیم متنوع، به اشتباه آن را به «تبدیل قرارداد» معنون می ساختند، و گرنه حق (همان گونه که نویسنده الوسیط اذعان داشته) آن است که در تبدیل، جوهر موضوع متغیر می گردد.

نویسندگان براساس همین تفاوت بارز میان تعدیل و تبدیل قرارداد، مواردی از تغییر موضوع، همچون اضافه کردن مدت به تعهد سابق (در رابطه با تحویل موضوع) تمدید یا الغای مدت، تبدیل سند تجاری به سند دیگر (به انگیزه افزایش زمان) را از حوزه تبدیل خارج و مشمول عنوان تعدیل می دانند.^۶

همچنین اضافه کردن شرط به التزام سابق، تبدیل مکان وفا، تغییر قیمت (کاهش یا افزایش) تغییر مقدار موضوع تعهد (افزایش یا کاهش) را نیز از همین قبیل به شمار می آورند. درخور توجه است که اگر وصف مورد نظر یک کالا، مقوم حقیقت آن محسوب گردد با تغییر وصف نیز تبدیل تعهد رخ می دهد؛ مانند این که موضوع تعهد اصلی که یک خروار گندم دیم محصول خراسان بوده به یک خروار گندم آبی محصول دشت کرمان تغییر یابد. بنابراین نباید غفلت کرد که تعدیل در موضوع قرارداد تنها با تغییر صفاتی امکان پذیر است که ذات موضوع را متبدل نسازد و بازشناسی این گونه صفات از صفات دیگر، موکول به جای خود می باشد.

برپایه ویژگی تبدیل تعهد که متضمن نابودی تعهدی و جایگزینی تعهد دیگر است فرق دومی هم بین این عمل و تعدیل قرارداد پیدا می شود و آن ماهیت عقدی تبدیل تعهد و عدم

۵. الوسیط، ج ۳، ص ۸۱۴.

۶. بودری و یارد، ج ۳، فقرة ۱۷۰۳ (به نقل از الوسیط، همان).

اختصاص تعدیل به چنین قیدی است؛ چرا که عنصر توافق در تبدیل تعهد دخالت داشته و این عمل جز با ارادهٔ دو طرف محقق نمی‌گردد. به همین خاطر آن را نوعی قرارداد معوض می‌دانند که دومورد آن یکی سقوط تعهد سابق و دیگری پیدایش تعهد جدید است^۷ و مانند عوضین در هر معامله بین آن دو ملازمه وجود دارد^۸ به همین جهت شرایط عمومی قراردادها مثل قصد و رضایت طرفین در آن معتبر است؛ درحالی که تعدیل قرارداد چنان که در صدر این نوشتار نیز تذکر داده شد همیشه مستند به توافق طرفین نبوده گاه به صورت قانونی انجام می‌یابد.

ب) ایفای تعهد با ادای موضوع مغایر (تغییر قهری موضوع تعهد)، و تعدیل قرارداد: گاه بدون تحقق تبدیل تعهد، موضوع قرارداد تغییر یافته و موضوع جدیدی جانشین قبلی می‌گردد در موارد زیر می‌توان نمونه‌هایی از این تغییر قهری را مشاهده کرد:

۱. در عقد بیع، مبیع معین بوده و پیش از تحویل به مشتری، در دست بایع تلف گردد، در این صورت به عقیدهٔ جمعی از علما، ضمانت بایع از کالا، منتقل به قیمت واقعی آن شده یا آن که با مطالبهٔ مشتری، قیمت کالا را به جای آن می‌پردازد.^۹

۲. در صورتی که تحویل کالای مثلی متعذر شود، ضمانت شخص مدیون از تحویل مثل، متبدل به تحویل قیمت شده و می‌بایست به جای کالا، قیمت آن را بپردازد.^{۱۰}

۷. سقوط تعهدات، شهیدی، ص ۱۴۰.

۸. حقوق مدنی، امامی، ج ۱، ص ۳۳۷.

۹. تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۷۶؛ دروس الشرعیه، ج ۳، ص ۲۱۲؛ جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۰۴؛

شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۲۶؛ مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۱۶؛ تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۷۴؛

مکاسب، ص ۳۱۴؛ المجموع، ج ۹، ص ۲۲۰؛ المحلی، ج ۸، ص ۳۷۹؛ مغنی ابن قدامه، ج ۴،

ص ۲۳۷.

۱۰. تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۳؛ ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۵؛ جامع الشرائع، ص ۳۴۶؛ جامع

المقاصد، ج ۴، ص ۲۵۲؛ جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۰۸؛ قانون مدنی ایران، ص ۶۴۸؛

مکاسب، ص ۱۰۷ و در فقه اهل سنت ر.ک: المبسوط، ج ۱۱، ص ۵۰؛ فتاوی الهندی، ج ۵،

ص ۱۱۹؛ بدائع الصنائع، ج ۷ ص ۱۵۱؛ مغنی ابن قدامه، ج ۵، ص ۴۲۱؛ المجموع، ج ۱۴،

ص ۲۲۹، الام، ج ۳، ص ۲۴۸؛ شرح الکبیر، ج ۵، ص ۴۲۸.

بی شک این موارد را نمی توان مصداق تبدیل تعهد دانست؛ زیرا یکی از عناصر تبدیل تعهد، داشتن نیت تبدیل است. بنابراین بدون نیت تبدیل، تغییر قهری موضوع نمی تواند سبب تبدیل قرارداد شود. اما آیا می توان این موارد را در محدوده تعدیل قرارداد تفسیر کرد؟!

پاسخ این سؤال منفی است؛ زیرا در تغییر قهری موضوع، تحویل موضوع مورد تعهد ناممکن گردیده و به این جهت موضوعی دیگر جانشین آن می شود؛ درحالی که در تعدیل قرارداد دامنه این تغییر تنها به برخی اوصاف و شرایط محدود بوده و امکان تحویل اصل موضوع باقی است. در غیر این صورت، مصداق مسأله تعدر تسلیم گردیده و سر از تغییر قهری موضوع درمی آورد.

۱۰۱

فقه الیه

پژوهشی در تعدیل قرارداد

ج) تغییر شرط یا صفت مربوط به موضوع بر اثر تعدر و تعدیل قرارداد:

گاه در متن عقد، قیدی همراه موضوع می گردد اما هنگام ایفای تعهد، تحقق آن قید ناممکن می شود. در این موارد (تعدر شرط یا صفت) به عقیده برخی از فقها در موضوع عقد تغییراتی راه یافته، اصل موضوع به همراه مبلغی به عنوان آرش (اگر شرط مفقود مربوط به صفتی از اوصاف موضوع باشد) یا اصل موضوع به همراه مبلغی به عنوان اجرت^{۱۱} (اگر شرط مفقود مربوط به انجام دادن کاری در مورد موضوع باشد؛ مانند آن که کسی تحویل صد متر پارچه رنگ شده را تعهد نموده ولی بر اثر شرایطی رنگ آمیزی پارچه ناممکن شده) جانشین موضوع مقید به وصف یا شرط می گردد.

تفاوت این نوع تغییر با مسأله تعدیل نیز روشن است؛ چرا که در حاق این تغییر، تعدر وصف یا شرط، معتبر بوده و نقش ایفا می کند، درحالی که در مسأله تعدیل، تعدر چنین نقشی ندارد.

۱۱. حاشیه مکاسب، محقق ایروانی، ص ۱۵۸؛ عروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۴؛ البیع، امام خمینی، ج ۵، ص ۲۲۵؛ قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۵۳؛ مهذب البارع، ج ۲، ص ۴۰۳؛ حاشیه محقق کرکی بر شرایع، خطی، ص ۳۳۵.

عدم اعتبار تعدّر در گونه توافقی تعدیل، واضح می باشد؛ چه، در این قسم، اصولاً تغییر، قهری نبوده بلکه مستند به تراضی طرفین است.

اما در گونه قانونی آن چنین نیست که حکم قانون به ضرورت تغییر، لزوماً بر پایه عدم امکان تحقق وصف یا شرط مورد نظر باشد؛ بلکه ممکن است مصالحی دیگر (از جمله برهم خوردن تعادل ارزشی موجود بین عوضین) این امر را ایجاب کند. نتیجه آن که تعدّر شرط یا صفت موضوع قرارداد، نمی تواند معادل تعدیل قرارداد قرار گیرد.

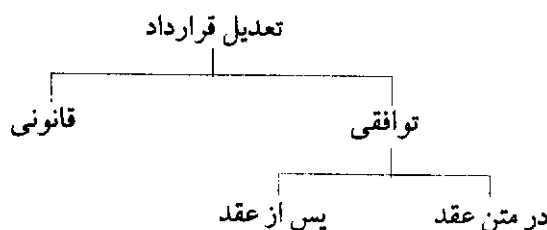
□ تعدیل و تکمیل قرارداد

طبق ماده ۲۲۰ قانون مدنی، عقود، نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در عقد تصریح شده است ملزم می کند بلکه متعاملین به کلیه نتایجی که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون، از عقد حاصل می شود هم ملزم هستند تبیین این نتایج به عهده نظام حقوقی است. این امر (تبیین نتایج عرفی و قانونی عقد) را «تکمیل قرارداد» می نامند. به عنوان مثال ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه، انصاف را نیز از عوامل تکمیل کننده عقد شمرده است. فرق این مورد با تعدیل بسیار روشن است؛ زیرا تکمیل قرارداد در حقیقت نوعی تفسیر عقد شمرده می شود در حالی که تعدیل، نظری به تفسیر قرارداد نداشته، هدف آن اصلاح و ایجاد تغییر متناسب در عقد است.

□ اقسام تعدیل قرارداد

تعدیل قرارداد به دو قسم توافقی و قانونی تقسیم می شود و قسم اول (توافقی) نیز خود به دو صورت کلی قابل تصور است:

۱. تعدیلی که در متن عقد مورد توافق قرار گرفته و پیش بینی می شود؛
۲. تعدیلی که در متن عقد پیش بینی نشده ولی پس از عقد به استناد توافق طرفین انجام می پذیرد.



فصل اوّل :

تعدیل بر مبنای توافق در متن عقد

تعدیلی که در متن مورد توافق قرار می گیرد دارای دو صورت است :

الف) تعدیلی که مبنای آن مشخص است؛ مانند آن که در عقد اجاره پیش بینی کنند که در صورت وقوع فلان پیشامد، بهای انجام کار اجیر از هزار تومان به پانصد تومان (کمتر از اجاره مقرر) یا دو هزار تومان (بیشتر از اجاره مقرر) تغییر یابد.

ب) تعدیلی که مبنای آن مجهول است؛ مانند آن که در مثال فوق، تنها بازنگری در قیمت انجام کار و تعدیل آن متناسب با شرایط جدید در صورت وقوع پیشامد مورد نظر، پیش بینی گردیده بدون آن که میزان تغییر معلوم گردد.

۱۰۳

فصل اوّل

پژوهشی در تعدیل قرارداد

□ صورت اوّل: تعدیل مستند به توافق طرفین در متن عقد با مبنای معلوم و معین
در فرض مورد بحث، تعدیل قرارداد به صورت یک شرط در ضمن عقد قرار گرفته است. از این رو باید تعدیل را با توجه به شرط بودن آن، مورد بررسی قرار داد. این نکته مورد غفلت بسیاری از نویسندگانی قرار گرفته که در زمینه تعدیل قرارداد قلم زده اند. به عنوان مثال دکتر سنهوری نویسنده کتاب پراج الوسیط، در جهت اثبات نفوذ این نوع تعدیل، استناد به توافق طرفین را پیش می کشد بدون این که سخنی از شرط ضمن عقد به میان آورد.^{۱۲} و دیگری نیز مدعی می شود:

این تصریح (پیش بینی تعدیل در متن عقد) بראعتبار قرارداد اصلاحی نمی افزاید، همچنان که سکوت در عقد نیز، از اعتبار آن نمی کاهد. همین که تراضی در باب تعدیل قرار داد شود کافی است.^{۱۳}

۱۲. الوسیط، ج ۱ ص ۶۲۵.

۱۳. قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان، ج ۳، ص ۷۴.

روشن است که سخن این نویسنده اگر به معنای نبودن تفاوت بین تعدیل پیش بینی شده در عقد و تعدیل توافقی پس از عقد باشد سخنی شگفت انگیز خواهد بود؛ چرا که در صورت پیش بینی و اشتراط در متن عقد، پس از وقوع پیشامدی که به عنوان معلق علیه ذکر گردیده، تعدیل ضرورت خواهد یافت اگر چه پس از عقد، طرفین (هر دو) در مورد آن توافق نداشته باشند.

در حالی که در صورت عدم اشتراط، توافق بعدی طرفین برای انجام تعدیل، یک ضرورت است.

به هر تقدیر، در این که تعدیل مورد بحث را باید در شمار شروط مورد بحث، قرار داد تردیدی نیست؛ اما سخن در این است که شرط یاد شده حاوی نوعی تعلیق است؛ چرا که مفاد آن انجام تعدیل در صورت وقوع امر مورد نظر (مثلاً بروز حادثه غیر مترقبه و ...) می باشد. بنابراین باید روشن شود که با وجود تعلیق، تغییر مشخصی که در صورت وقوع معلق علیه پیش بینی گردیده لازم المراعات است و اصولاً شرط معلق مذکور چه حکمی دارد؟ در پاسخ این پرسش دو دیدگاه وجود دارد:

الف) شرط معلق مذکور باطل است.^{۱۴}

ب) شرط مذکور صحیح است.^{۱۵}

دلایل دیدگاه اول: ۱. ادله بطلان تعلیق در عقد و ایقاع دامنگیر شرط نیز شده و حکم به بطلان شرط معلق می کند.

۱۴. ر. ک: مختلف الشیعه، ج ۳، ص ۴۶۳؛ جامع المقاصد، ج ۷، ص ۱۰۷، در مکاسب، ص ۲۸۷ شیخ انصاری آن را نوعی توهم می خواند در فقه اهل سنت ر. ک: الوجیز، ج ۱، ص ۲۳۲؛ فتح العزیز، ج ۱۲ ص ۲۰۲؛ المبسوط، ج ۱۵، ص ۱۰۰؛ مغنی ابن قدامه، ج ۶، ص ۹۸؛ المجموع، ج ۹، ص ۳۶۶. قابل ذکر است که در میان اهل سنت، شافعی از طرفداران نظریه فوق است.
۱۵. در فقه شیعه ر. ک: کشف اللثام، ج ۲، ص ۱۲۴؛ تحریر الاحکام، ص ۱۸۳؛ مقابسات الانوار، ص ۲۵۲؛ جواهر، ج ۲۳، ص ۳۰۳ و در فقه اهل سنت: اللباب، ج ۲، ص ۴۶؛ فتاوی الهندیة، ج ۴، ص ۴۲۳؛ الهدایه (چاپ شده در حاشیه شرح فتح القدیر)، ج ۷، ص ۲۰۸؛ تبیین الحقائق، ج ۵، ص ۱۳۹.

پاسخ: نظر برگزیده در باب تعلیق عقود و ایقاعات این است که جز اجماع، دلیلی برای بطلان تعلیق در دست نیست و چون اجماع در شمار ادله لئی قرار داشته و اقتضای بر قدر متیقن در این نوع ادله ضرورت دارد، می‌بایست بر مورد متیقن آن یعنی عقد بیع و نظایرش اکتفا کرد و از توسعه حکم به شرط، خودداری نمود. بنابراین به هیچ عنوان دلیلی بر بطلان شرط معلق وجود نخواهد داشت.

۲. برفرض عدم بطلان تعلیق در شرط؛ از آن جا که تعلیق در شرط به عقد سرایت می‌کند و سبب بطلان عقد آن می‌گردد،^{۱۶} شرط نیز با واسطه باطل خواهد بود؛ زیرا بودن شرط در ضمن عقد صحیح، معتبر بوده و جزء ارکان لزوم وفا به شرط است.

پاسخ: گفته شده است: قید (تعلیق) موجود، صلاحیت دارد که تنها به عقد یا شرط متوجه گردد، اگر به عقد متوجه شود، شرط مطلق بوده و تعلیق در عقد جریان یافته و سبب بطلان آن می‌شود، اما اگر به شرط متوجه گردد، عقد از توجه تعلیق در امان خواهد ماند.^{۱۷} و در این جا تعلیق متوجه شرط است نه اصل عقد.^{۱۸}

۳. وقوع بیع با دو ثمن: شرط معلق، وقوع بیع با دو ثمن را ایجاب می‌کند، به عنوان مثال اگر فروشنده به مشتری بگوید: خانه ام را در برابر ده میلیون تومان فروختم به شرط این که اگر زید از سفر باز آمد، تو به مدت یک سال برای من کار کنی و در خدمت من باشی! در فرض بازنگشتن زید، خانه در برابر ده میلیون تومان و در فرض بازگشتن او در برابر ده میلیون تومان همراه با یک سال کار مشتری فروخته شده است.

بنابراین یک بیع دو ثمن خواهد داشت و روایات مانع از بیع به دو ثمن، آن را در بر می‌گیرد.^{۱۹}

۱۶. زیرا شرط الشرط، شرط محسوب می‌شود، بنابراین آنچه شرط براو معلق شده است در حقیقت معلق علیه برای نفس عقد هم خواهد بود.

۱۷. مکاسب، ص ۲۸۷.

۱۸. البیع، امام خمینی، ج ۵، ص ۲۷۳؛ مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۶۷؛ البیع، محمد علی اراکی، ج ۲، ص ۱۵۳؛ مکاسب، همان.

۱۹. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۶۷، باب (ابواب احکام العقود).

با توجه به این توضیح، مبرهن خواهد گردید که بنابر عدم راه یابی تعلیق از شرط به عقد، نفس عقد منجز و قطعی بوده و تعلیق تنها در محدوده شرط وجود دارد و براین اساس اگر معلق علیه حاصل شود، ثمن عبارت از بهای مقرر به همراه شرط مذکور خواهد بود و در صورت عدم حصول معلق علیه، بهای مذکور بدون شرط مورد نظر ثمن می باشد.

پاسخ: شرط، بخشی از ثمن به شمار نمی رود اگر چه در افزایش یا کاهش ثمن نقش ایفاء می کند.

دلایل دیدگاه دوم: ۱. عمومات ادله عامی که پای بندی به شرط را (به طور کلی) لازم می داند مثل المؤمنون عند شروطهم^{۲۰}.

۲. ادله خاصی که در چنین مواردی وارد شده است و براساس آن اخبار، جایز است که کسی مرکبی را اجاره کند که برای شخصی، کالایی را در روز معین، به اجرتی معین حمل نماید، با این شرط که اگر در آن روز نتوانست حمل کند، اجرت کمتر شود.^{۲۱}

۳. ادله ای که به طور خاص صحت شرط معلق را اثبات می کند. به عنوان مثال:

محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن محبوب
عن مالک بن عطیة عن سلیمان بن خالد، عن ابي عبد الله (ع) قال: سألته عن
رجل کان له اب مملوك و کانت لاییه امراة مکاتبة قد أدت بعض ما علیها،
فقال لها ابن العبد: و هل لک ان اعینک فی مکاتبتک حتی تؤدّي ما علیک
بشرط ان لا یكون لک الخيار علی ابي اذا انت ملکک نفسک؟ قالت: نعم!
فاعطاها فی مکاتبتها علی ان لا یكون لها الخيار علیه بعد ذلک. قال (ع):

۲۰. تهذیب، ج ۷، ص ۳۷۱؛ استبصار، ج ۳، ص ۲۳۲؛ مغنی ابن قدامة، ج ۴، ص ۳۸۴؛ تلخیص الجبیر، ج ۳، ص ۲۳.

۲۱. کافی، ج ۵، ص ۲۹۰؛ حدیث ۵۴؛ من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۱-۲۲؛ حدیث ۵۷ و ۵۸؛ تهذیب، ج ۷، ص ۲۱۴؛ حدیث ۹۴۰ و ۹۴۱.

لایکون لها الخیار؛ المسلمون عند شروطهم؛^{۲۲}

از امام (ع) پرسیدم مردی که پدرش غلام بود به همسر پدرش که او نیز کنیزی مکاتبه^{۲۳} بوده و مقداری از مال الکتابه را پرداخت کرده بود پیشنهاد نمود که در برابر کمک وی در پرداخت بقیه مال الکتابه، وی از حق فسخ عقد ازدواجی که با پدر او بسته است (پس از آزادگشتن) صرف نظر کند و زن پذیرفت. پس از پرداخت پول توسط مرد، به فرموده امام (ع) زن حق فسخ عقد ازدواج را نخواهد داشت؛ چرا که المسلمون عند شروطهم.

همانطور که مشهود می باشد در این مورد، شرطی معلق صورت گرفته و آن، سقوط حق فسخ پس از حصول آزادی است و امام (ع) حکم به صحت و نفوذ شرط فرموده است. نتیجه: تعدیل توافقی قرارداد در صورت نخست آن (بر مبنای معلوم) صحیح بوده و از نظر مقررات شرعی بی اشکال است.

در خورتوجه است که گاه بدون این که در متن عقد، تعدیل قرارداد پیش بینی شود، شرایطی می گنجانند که خود به خود موجب برقراری تعادل بین عوض و معوض می گردد، از جمله این شرایط می توان به شرط پرداخت بها به قیمت وقت ادا (قیمت روز) اشاره کرد.^{۲۴}

□ صورت دوم: تعدیل مستند به توافق طرفین در متن عقد بدون مبنای معلوم

در این صورت تعدیل قرارداد مفاد یک شرط مجهول است؛ چرا که اصلاح قرارداد در صورت بروز حادثه مورد نظر بدون آن که مبنای تعدیل معلوم و مشخص باشد، شرط گردیده است. بنابراین ما نیز صورت دوم را از همین زاویه (شرط مجهول) مورد بحث قرار

۲۲. وسائل الشیعه، ج ۱۶، ص ۹۵، باب ۱۱ (ابواب المکاتبه).

۲۳. مکاتبه پیمانی است بین عبد و امه و اربابشان که براساس آن با پرداخت مبلغی به عنوان مال الکتابه آزاد خواهند شد. کنیزی را که چنین پیمانی بسته است «مکاتبه» گویند.

۲۴. سؤال و جواب (رسالة استفتائات مرحوم سید محمد کاظم یزدی، ج ۱، ص ۲۷۶).

می‌دهیم و در این بحث با دو سؤال اساسی روبه‌رو خواهیم بود:

۱. آیا شرط مجهول باطل است؟

علمای ما در اصل بطلان شرط مجهول اتفاق نظر داشته‌اند^{۲۵} اگر چه در محدوده و تفسیر شرط مجهول باطل دچار اختلاف نظر شده‌اند. دسته‌ای شرط مجهول را به طور مطلق و دسته‌ای دیگر تنها در صورتی که منجر به پیدایش غرر گردد، باطل می‌دانند.

دلایل دسته اول:

۱. روایت نبوی (ص) «نهی النبی (ص) عن الغرر»^{۲۶}

براساس این روایت از غرر به طور مطلق نهی گردیده چه در بیع و چه در غیر آن. بنابراین این دامگیر شرط نیز خواهد شد.

در پاسخ این دلیل گفته شده است: روایت مذکور در هیچ یک از کتب روایی شیعی و سنی نقل نشده بلکه در همه موارد نهی متوجه بیع غرری شده است و لذا نمی‌توان مدعی جبران ضعف سندی روایت (از ناحیه ارسال آن) به وسیله عمل اصحاب گردید؛ زیرا جبران ضعف سندی بعد از ثبوت روایت است و اگر اصولاً چنین روایتی نباشد، ادعای انجبار بی معناست.

یکی از محققان بزرگ معاصر در همین باره می‌نویسد:

این حدیث در کتب ما و در کتاب‌های اهل سنت یافت نشده و ما با تتبع و

فحص لازم بدان دست نیافتیم. بنابراین روایت مرسل مذکور که منحصرأ

۲۵. شرایع، ص ۲۸۸؛ شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۰۵؛ جامع المقاصد، ج ۱، ص ۲۶۱؛ جواهر، ج ۲۳، ص ۱۹۹؛ کفایة الاحکام، سبزواری، ص ۹۷؛ ریاض المسائل، کتاب التجارة، ص ۳۰۸؛ عوائد، ص ۴۶؛ عناوین، میر فتاح، ص ۲۵۳؛ مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۶۸؛ الأم، ج ۳، ص ۱۶۱؛ مختصر المزنئی، ص ۱۰۰؛ المجموع، ج ۱۳، ص ۲۰۸؛ فتح العزیز، ج ۱۰، ص ۵۷؛ مغنی ابن قدامة، ج ۴، ص ۴۶۰.

۲۶. سنن بیهقی، ج ۵، ص ۳۳۸؛ القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۶۱.

شیخ صدوق آن را نقل کرده بی اساس است و با این وجود نمی توان احتمال

داد که مشهور بدان استناد جسته باشند تا در نتیجه انجبار قابل ادعا باشد.^{۲۷}

۲. روایت نبوی (ص): «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» این روایت که در کتب شیعه و سنی نقل شده است^{۲۸} به عنوان دلیل دوم طرفداران بطلان شرط مجهول مطرح گردیده است. با این بیان که بیع خصوصیتی نداشته و لذا نهی شامل هر تعهد غرری خواهد شد. یکی از محققان ضمن تأکید بر توسعه نهی به همه تعهدات، دخالت داشتن عنوان بیع را بسیار بعید شمرده است.^{۲۹}

به نظر ما این استدلال مخدوش است؛ زیرا تعدی و توسعه از بیع به سایر معاملات و تعهدات متوقف بر آن است که بیع دارای خصوصیتی نباشد در حالی که عدم خصوصیت احراز نگردیده است. به بیان روشن تر، برای توسعه و تعدی از یک نص، عدم احراز خصوصیت کافی نیست بلکه چنان که در اصول مقرر شده، احراز عدم خصوصیت، لازم است و صرف استبعاد کافی نیست.

قابل ذکر است که اگر عمومیت روایت را پذیرفته و نهی را به دیگر تعهدات توسعه دادیم، ادعای انصراف این روایت به تعهدات و معاملات مستقل (مثل بیع، اجاره و ...) و عدم شمول آن نسبت به تعهد تبعی (شرط)^{۳۰} نیازمند دلیل خواهد بود.

۳. ممنوعیت غرر در معاملات و تعهدات، یک حکم عقلایی است که نیازی به ثبوت نص شرعی در مورد آن وجود ندارد؛ چرا که:

اساس معاملات عقلایی مثل بیع و اجاره و ... مبتنی بر حفظ اصل مال و

۲۷. مستند العروة الوثقی، سید ابوالقاسم خویی، کتاب الاجاره، ص ۳۳.

۲۸. صحیح مسلم، ج ۳، ص ۱۱۵۳؛ سنن ترمذی، ج ۳، ص ۵۳۲، حدیث ۱۲۳۰؛ سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۳۹، حدیث ۲۱۹۴؛ سنن نسائی، ج ۷، ص ۲۶۲؛ المؤطا، ج ۲، ص ۶۶۴، حدیث ۷۵؛ مستند احمد بن حنبل، ج ۱، ص ۳۰۲؛ دعائم الاسلام، ج ۲، ص ۲۱؛ وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب ۴۰ (ابواب التجاره) حدیث ۳.

۲۹. بیع، امام خمینی، ج ۵، ص ۱۹۸.

۳۰. تعلیقه الاصفهانی علی المکاسب، ج ۲، ص ۱۵۲.

تبدیل کردن نوعی به نوعی دیگر است. لذا هنگام تبدیل عین یا منفعتی به عوض، تساوی بین مالیت دو عوض را چونان شرطی اساسی و مرتکز که عقد بر آن بنا گردیده و نیازی به تصریح در متن عقد ندارد، می بینند و بر همین پایه معامله برمجهول که متضمن غرر می باشد، از معاملات متداول بین عقلا خارج است و چنین تعهدی مشمول دلیل نفوذ و امضا نخواهد بود.^{۳۱}

نکته این استدلال، تخصیص جهالت مبطل به جهالتی است که منجر به غرر گردد. بنابراین از دلیل فوق نمی توان بطلان شرط مجهول را به صورت مطلق نتیجه گرفت.

دلیل دسته دوم:

با مراجعه به کتب لغت روشن می گردد که غرر به معنای خدیه و حیل یا وقوع در چیزی است که خطر دارد.^{۳۲} بنابراین شرط مجهول تنها در صورتی باطل است که موجب تحقق غرر گردد و شرط مجهولی که چنین خاصیتی ندارد، از حوزه شمول ادله بطلان غرر خارج خواهد بود. نتیجه بحث: طبق هر دو دیدگاه شرط تعدیل قرارداد بدون تعیین مبنای تعدیل، شرطی باطل است؛ زیرا به علت روشن نبودن مبنای تعدیل، وضعیت عوض و معوض مشخص نبوده و غرر را در پی دارد.

در قانون مدنی ایران ماده ۲۳۳ نیز بطلان شرط مجهول که منجر به جهالت در عوضین گردد پذیرفته شده است، اگر چه در قوانین مدنی برخی از کشورها نظریاتی مخالف به چشم می خورد؛ از جمله در حقوق فرانسه بر اساس این نظر که قابلیت تعیین عوض در زمان تراضی کافی شمرده و می تواند تعیین آن به نظر شخص ثالث موکول گردد، مجهول ماندن

۳۰. تعلیقه الاصفهانی علی المکاسب، ج ۲، ص ۱۵۲.

۳۱. مستند العروة الوثقی، کتاب الاجاره، ص ۳۳.

۳۲. ر. ک: قاموس المحيط، لسان العرب، مصباح المنیر واژه «غرر».

مبنای تعدیل مضر نیست^{۳۳}؛ زیرا در توجیه آن می توان گفت: دو طرف تراضی کرده اند که نظر داور یا دادگاه، جانشین تراضی آنان در تعدیل قرارداد باشد.^{۳۴}

آنچه عجیب است دفاع برخی از نویسندگان حقوق مدنی ایران از صحت شرط تعدیل مورد بحث می باشد. یکی از ایشان در راستای اثبات صحت شرط تعدیل با وجود مجهول بودن مبنای تعدیل می نویسد:

در این فرض مورد تعهد، قابلیت تعیین را در مورد تعدیل دارد، و ... برای تعیین مقدار مال کلی، از بین بردن غرر و ایجاد اطمینان عرفی به مقدار مال کافی است هر چند از راهی نامرسوم به دست آید.^{۳۵}

جالب این است که نویسنده مزبور در تأیید توجیه ارائه شده، توجه خواننده را به نظری جلب می کند که در مسأله تعیین مقدار عوض مطرح است^{۳۶} براساس آن هدف، از بین بردن غرر و ایجاد اطمینان عرفی به مقدار مال می باشد هر چند از راهی نامرسوم به دست آید؛ در حالی که نظریه مزبور - که نویسنده، ریشه های آن را به شیخ انصاری، میرزای نایینی و صاحب جواهر^{۳۷} نسبت می دهد - رفع غرر و جهالت را ضروری و لازم دانسته و بر آن تأکید دارد؛ تنها با این تفاوت که در راه احراز مقدار و رفع غرر، اتکا به وسایل غیر معمول (مثلاً کیل در کالای موزون، توزین در کالای مکیل و یا حدس قوی) را تجویز می کند.

به عبارت دیگر در مورد محل بحث، اشکالی که مشاهده می شود، در نحوه تعیین و راه احراز مقدار عوض نیست بلکه اشکال در مجهول بودن و وجود غرر می باشد که به هیچ طریقی (حتی طریقی غیر مرسوم) رفع نشده است. بنابر این آنچه نویسنده مزبور مطرح کرده است، ربطی به محل بحث نداشته و موجب تصحیح شرط تعدیل مجهول نخواهد شد.

۳۳. کولن و کاپیتان دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ۸۷۲؛ دروس حقوق مدنی مازو، ج ۳، ش ۸۴۵ و ۸۶۵، به نقل از عقود معوض، کاتوزیان، ص ۱۱۱ و ۱۵۱.

۳۴. قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان، ج ۳، ص ۷۴.

۳۵. همان، ص ۷۵.

۳۶. همان، ج ۲، ش ۳۹۷.

۳۷. مکاسب، ص ۱۹۰؛ منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۹۰؛ جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۴۰۷.

همچنان که تمسک به ذیل ماده ۲۱۶ ق.م. که قاعده ضرورت عدم ابهام مورد معامله را تخصیص زده و می گوید: «مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» نیز راه به جایی نخواهد برد چه: «کفایت علم اجمالی تنها در مواردی است که مبنای عقد بر مسامحه و ارفاق و احسان پایه ریزی شده باشد و یا نیاز عمده در اقتضای کار مورد نظر ایجاب نماید که طرفین درجه ای از احتمال را در روابط خود بپذیرند، چنان که در ضمان و جعاله چنین است و دریمه و مشارکت ها صلح و عقود رایگان نیز همین قاعده حکمفرماست». بنابراین در عقودی مثل بیع و اجاره و ... که طبعشان بر لزوم و عدم اغماض مبتنی است، علم اجمالی کافی نخواهد بود.

۲. عقدی که در آن شرط مجهول باطل گنجانده شده، چه حکمی دارد؟

در مورد تأثیر شرط باطل و مجهول در عقد، سه نظریه وجود دارد:

الف) شرط مجهول سبب بطلان عقد می گردد؛^{۳۸}

ب) شرط مجهول اگر سبب جهالت به عوضین شود موجب بطلان عقد است؛^{۳۹}

ج) بطلان شرط هرگز موجب بطلان عقد نمی شود.^{۴۰}

به نظر می رسد مجهول بودن، به خودی خود در نفوذ و صحت شرط مداخلیتی نداشته، سببیت برای غرر و منجر گشتن به خطر ملاء است؛ چرا که برای اثبات بطلان شرط مجهول از هر دلیلی که استفاده شود، مداخلیت غرر قابل انکار نیست (دلیل نهی النبی عن الغرر یا عن بیع الغرر، یا تمسک به بنای عقلا و شرط مرتکز) این مدعا با توجه به فتاوی و تعابیر علمای متأخر نیز تأیید می شود؛ زیرا اکثر متأخران، بطلان شرط مجهول و ابطال عقد در اثر آن را مقید به جهالت مؤدی به غرر کرده اند.

۳۸. تذکره، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۰۳؛ مکاسب، ص ۲۸۲؛ ایضاح، ج ۱، ص ۵۱۲؛ تحریر، ج ۱،

ص ۱۸۰؛ مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۶۶؛ مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۶۸؛ کفایة الاحکام، ص ۹۷.

۳۹. شرایع، ص ۲۸۸؛ عوائد، ص ۵۰؛ جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۰۲؛ اجاره، میرزا حبيب الله

رشتی، ص ۶۶، حاشیه سید بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۱۶.

۴۰. مبسوط، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۲۴۵.

نتیجه:

بطلان عقد بر اثر مجهول بودن شرط بستگی به اختلاف موارد و نظر اهل عرف داشته هرگاه شرط مجهول پیدایش غرر در عقد را سبب گردد، مبطل عقد نیز خواهد بود و چون شرط مجهول مورد بحث ما (تعديل قرارداد بدون تعیین مبنای آن) موجب غرری گشتن عقد می شود و ارتباط تام با عوضین دارد، موجب ابطال عقد نیز خواهد گردید.

فصل دوم:

تعديل بر مبنای توافق پس از عقد

تعديلی که پس از عقد صورت می گیرد نیز دارای فرض های متعددی است:

□ صورت اول: ایجاد تغییر در موضوع عقد با کاستن از عوض و معوض به طور مساوی به عنوان مثال پس از خاتمه عقد طرفین بر استرداد قسمتی معین از مبیع و معادل آن از ثمن، توافق کنند. این فرض، در حقیقت اقاله عقد نسبت به بعضی از آن محسوب شده و باید در این حیطه تفسیر گردد.

در مورد اقاله عقد در بعضی آن، دیدگاه بیشتر علمای ما صحت است^{۴۱} و تنها مخالفی که در این زمینه اشاره شده، ابن متوَّج بحرانی است که می گوید:

اگر بايع و مشتری و عقد متحد باشند اقاله جز در كل صحيح نخواهد بود.^{۴۲}

دلایلی که می توان برای اثبات بطلان این اقاله مورد استناد قرارداد عبارتند از:

۱. دليل عمده مشروعیت اقاله، اجماع و نصوصند و این اجماع و نصوص در مقام

۴۱. مبسوط، ج ۲، ص ۱۸۶؛ مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۱۷۶۹؛ جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۵۶؛ حقائق، ج ۲۰، ص ۹۲؛ جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۳۵۶؛ مسالک الافهام، ج ۳، ص ۴۳۷؛ المجموع، ج ۱۳، ص ۱۶۰؛ شرح فتح القدیر، ج ۵، ص ۳۵۳؛ بدایع الصنائع، ج ۵، ص ۲۱۵؛ مغنی ابن قدامة، ج ۴، ص ۳۷۲.

۴۲. حواشی شهید اول بر قواعد (به نقل جواهر).

بیان اموری غیر از صحت یا عدم صحت اقاله بعض و بیان محدوده اقاله، بوده اند؛ لذا نمی توان به اطلاق آنها تمسک جست و باید بر قدر متیقن (فسخ کل عقد) بسنده کرد.

پاسخ: مدرک مشروعیت اقاله، عمومات و اخباری است که در میان آنها اخبار مطلق قابل استناد نیز به چشم می خورد.^{۴۳}

۲. نصوص منصرف به فسخ جمیع است و شامل فسخ بعض نمی شود.

پاسخ: ادعای انصراف نیازمند دلیل است.

۳. تعهد و التزام امری بسیط است؛ لذا قابلیت تبعیض را نداشته یا تماماً نابود می شود یا کلاً باقی می ماند.

پاسخ: بقای تعهد و التزام، اعتباری است و اعتبار تابع معتبر می باشد از این رو ممکن است قسمتی بماند و قسمتی برود.

دلیل صحت این اقاله

برای اثبات صحت این اقاله به اطلاق ادله اقاله تمسک می شود.^{۴۴} علاوه بر این به مؤیدات دیگری هم استناد شده است؛ از جمله:

اقاله، مستحب و در شمار اموری است که عنوان معروف بر آنها منطبق

می باشد و هر معروفی که در همه عوض جاری باشد در بعض آن نیز جاری

است مثل ابراء و مهلت دادن به مدیون.^{۴۵}

با توجه به آنچه گفته شد صحت اقاله نسبت به بعض ثابت می شود و در این نظر اکثر

قریب به اتفاق علمای شیعه و سنی همداستان هستند. تنها در یک مورد صحت اقاله به

بعض، مورد تردید قرار گرفته و آن بیع سلم (پیش فروش کالا) است که بعضی از ائمه

۴۳. وسایل الشیعه، ج ۱۲، ابواب اقاله، باب استحباب اقاله.

۴۴. وسایل الشیعه، ج ۱۲، باب استحباب اقاله، سنن بیهقی، ج ۶، ص ۲۷؛ الام، ج ۳، ص ۹۳؛ مختصر المزنی، ص ۹۲.

۴۵. مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۷۶۹.

مذاهب اهل سنت (مالک بن انس) و پیروان او به مخالفت برخاسته و حکم به بطلان کرده‌اند.^{۴۶}

دلیل وی بر این حکم روایتی از پیامبر اکرم (ص) است و براساس آن «از جمع بین بیع و سلف در یک عقد»^{۴۷} نهی گردیده است، با این بیان که ماهیت اقاله، بیع بوده و در صورت وقوع اقاله در مورد بیع سلف بین این دو جمع شده است.

شایان ذکر است که کلمه «سلف» در این روایت به دو صورت تفسیر شده است:

الف) سلف به معنی قرض.

صاحب جواهر در توجیه این تفسیر می‌گوید:

با اقاله در بعض، مقداری از سرمایه به صاحبش رد می‌شود. بنابراین نسبت به این مقدار قرض تحقق گرفته است چرا که مثل آنچه گیرنده از مالک گرفته بود به وی مسترد شده و بقیه در حکم بیع باقی می‌ماند.^{۴۸}

ب) سلف به معنی مصطلح.

طبق هر دو تفسیر پاسخ‌هایی به استدلال مذکور داده شده است:

پاسخ اول: مبنای استدلال فوق آن است که اقاله، بیع باشد؛ در حالی که ماهیت اقاله مورد اختلاف بوده و در میان اهل سنت هم بسیاری آن را فسخ می‌دانند.^{۴۹} این پاسخ بنا بر هر دو تفسیر قابل طرح است.

۴۶. مدونة الكبرى، ج ۴، ص ۷۸؛ المحلى، ج ۹، ص ۱۱۵؛ بداية المجتهد، ج ۲، ص ۲۰۶.

۴۷. این روایت در منابع شیعی نیز نقل شده است. ر. ک: وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۶۶، باب ۱۲، ابواب عقد البیع و شروطه، ح ۱۲.

۴۸. جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۳۵۶.

۴۹. الام، ج ۳، ص ۹۳؛ المجموع، ج ۱۳، ص ۱۶۰؛ اللباب، ج ۱، ص ۲۵۰؛ شرح فتح القدیر، ج ۵، ص ۲۴۶؛ بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۲۱۵؛ الفتاوی الهندی، ج ۳، ص ۱۵۶؛ تبیین الحقائق، ج ۴، ص ۱۱۹.

پاسخ دوم: استدلال مذکور نقض می‌شود؛ زیرا در آرش عیب هم می‌توان قرض را با همان بیان مذکور تصور کرد.^{۵۰}

پاسخ سوم: ردّ مثل، همیشه موجب تحقق قرض نیست و الا در صورت اقاله بیع و موجود نبودن عین عوض که ردّ مثل لازم می‌شود نیز باید قرض منطبق گردد.^{۵۱} این دو پاسخ بنابر تفسیر اول قابل طرحند.

پاسخ چهارم: معنای اجتماع بیع و سلف، این است که کالایی را به صورت نقد به بهایی و به صورت سلف به بهای دیگری بفروشد. در مورد محل بحث چنین چیزی صورت نگرفته بنابر این بیع و سلف ابتدائاً در یک عقد جمع نشده‌اند.^{۵۲} این پاسخ بنابر تفسیر دوم مطرح می‌شود.

با وجود چنین احتمالاتی در روایت، استدلال به آن تمام نخواهد بود.

نتیجه بحث:

اقاله عقد در بعض آن، صحیح است. بنابر این تعدیلی که مصداق این عنوان محسوب شود نیز صحیح می‌باشد.

شایان ذکر است که در حقوق معاصر نیز صحت اقاله به بعض پذیرفته شده از جمله در ماده ۲۸۵ ق. م، بر این نکته تصریح گردیده است و در حقوق مدنی فرانسه نیز به مشابه این ماده برمی‌خوریم.

نکته دیگر آن که با تحقق اقاله به بعض، عقد منحل به دو پاره شده، پاره ای به حکم اقاله منفسخ می‌گردد و پاره دیگر صحیح و لازم می‌ماند.^{۵۳}

۵۰. جواهر، ج ۲۴، ص ۳۵۶؛ جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۵۶.

۵۱. همان.

۵۲. حدائق الناضره، ج ۲۰، ص ۷۵.

۵۳. جواهر، ج ۲۴، ص ۳۵۶؛ حدائق الناضره، ج ۲۰، ص ۹۲؛ مسالک الافهام، ج ۳، ص ۴۷۳؛ سقوط

تمهّدات، مهدی شهیدی، ص ۱۵۶.

□ صورت دوم: ایجاد تغییر در موضوع عقد با کاستن از عوض و معوض به طور ناهمتسای
ماهیت این عمل، اقاله نسبت به بعض عقد همراه با فزونی یا کاستی است که در کتب
فقهی و حقوقی با عنوان «اقاله با زیادی یا نقصان» مطرح می گردد؛ لیکن فزونی یا کاستی،
یا بدون شرط صورت می پذیرد و یا در قالب شرط همراه با اقاله.

فرض نخست: اقاله همراه افزایش یا کاهش عوض یا معوض بدون شرط: این
نوع اقاله محکوم به بطلان است^{۵۴} و تنها مخالف مورد اشاره، ابن جنید اسکافی فقیه
مقدم است که شهید اول او را مخالف بطلان اقاله، قلمداد کرده است^{۵۵} که شاید مبنای
مخالفتش دیدگاه او - که متأثر از برخی علمای اهل سنت است - می باشد که براساس آن،
اقاله به نوعی بیع تفسیر می گردد^{۵۶} و تجزیه و تحلیل در این باره موکول به جای
خود (مبحث اقاله) خواهد بود.

به هر حال دلیل بطلان این اقاله مبتنی بر ماهیت فسخی آن، به این شرح تقریر می گردد:
«اقاله، منحصرأ موجب برهم خوردن عقد و زوال آثار آن و بازگشت هریک از عوضین به
مالک پیش از عقد (در عقود معوض) است. بنابراین اقاله، تملک نیست تا در ضمن آن مال
زاید بر ثمن به خریدار تملیک گردد یا بخشی از ثمن به فروشنده واگذار شود.»

علاوه بر آن، روایت صحیح حلبی نیز دلیل دیگر ماست:

عن الرجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه، ثم رده على

۵۴. دروس الشرعیه، ج ۳، ص ۲۴۳؛ شرائع، ص ۳۲۳؛ تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۹۸؛ مختلف
الشیعه، ج ۲، ص ۱۸؛ روضة البهیه، ج ۲، ص ۳۹۹؛ مسالک الافهام، ج ۳، ص ۴۷۳؛ جامع
المقاصد، ج ۴، ص ۴۵۵؛ حدائق، ج ۲۰، ص ۹۲؛ جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۳۵۳؛ مفتاح
الکرامه، ج ۴، ص ۷۶۸. در فقه اهل سنت، شافعی بر همین عقیده است. ر. ک: الام، ج ۳،
ص ۱۹۳؛ المجموع، ج ۱۳، ص ۱۶۰.

۵۵. جواهر، ج ۲۴، ص ۳۵۳.

۵۶. المدونة الكبرى، ج ۴، ص ۶۹؛ بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۲۱۵؛ شرح فتح القدير، ج ۵، ص ۲۴۷؛
الفتاوى الهندية، ج ۳، ص ۱۵۶.

صاحبه، فابی ان یقبله إلا بوضیعة.

قال(ع): لا یصلح له ان یأخذ بوضیعة، فإن جهل فأخذ بفاعه بأكثر من ثمنه ردّ علی صاحبه الاول ما زاد؛^{۵۷}

مردی لباسی (پارچه) خریده ولی شرطی (درمورد داشتن حق فسخ و خیار) نکرد. پس از عقد که از کالا و خرید آن پشیمان ر ناخشنود گردید آن را به فروشنده برگرداند اما فروشنده از پذیرش اقاله جز با کاستن از ثمن، امتناع کرد. امام(ع) فرمود: فروشنده نمی تواند کالا را با کاستن از ثمن پس بگیرد و اگر چنین کرده می بایست مقدار زیادی را به مشتری برگرداند.

۱۱۸

فقه اهل بیت

سال ۷ / شماره ۲۷

فرض دوم: اقاله همراه شرط افزایش یا کاهش عوض یا معوض: به عنوان مثال زید و عمرو صد متر زمین مسکونی را به بهای متری هزار تومان معامله کرده و پس از خاتمه عقد تصمیم به تعدیل عقد گرفته مقرر می دارند که به جای صد متر، هشتاد متر تحویل شود ولی به جای بیست هزار تومان مبلغ پانزده هزار تومان به مشتری مسترد گردد. در این فرض باید به دو سؤال پاسخ داد:

الف) آیا این شرط باطل است؟

جواب اکثریت علمای ما به این پرسش مثبت بوده و حکم به بطلان شرط می کنند^{۵۸} و در مقابل، برخی از نویسندگان در جهت اثبات صحت این شرط تلاش کرده اند.^{۵۹} دلایل علمای ما بر بطلان شرط مذکور عبارت است از:

۵۷. کافی، ج ۵، ص ۱۹۵؛ تهذیب، ج ۷، ص ۵۶؛ من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۳۷؛ وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب ۱۷ از ابواب احکام العقود، حدیث ۱.
۵۸. مختلف الشیعه، ج ۲، ص ۱۸، شرایع، ص ۳۲۳؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۳۹۹؛ دروس الشرعیه، ج ۳، ص ۲۴۴؛ مسالک الافهام، ج ۳، ص ۴۳۷؛ جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۵۵. در فقه اهل سنت: المجموع، ج ۳، ص ۱۶۰؛ شرح فتح القدیر، ج ۵، ص ۲۴۸؛ شرح العنایه در (حاشیه) شرح فتح القدیر، ج ۵، ص ۲۴۹.
۵۹. حقوق مدنی، امامی، ج ۱، شماره ۳۲۸.

۱. شرط مذکور با مقتضای اقاله مخالف است که به طور حتم یکی از عوامل بطلان شرط همین منافات می باشد. قانون مدنی نیز شرط مخالف با مقتضای عقد را باطل و موجب بطلان عقد می داند.^{۶۰}

دکتر سید حسن امامی (از معتقدین به صحت این شرط) در پاسخ این دلیل می نویسد:

مقتضای اقاله، برهم زدن عقد است و تضادی که ملاک بطلان در شرط خلاف مقتضاست با شرط دادن اضافه، حاصل نمی شود.^{۶۱}

یکی از نویسندگان معاصر در پاسخ این گفته دکتر امامی می گوید:

اقاله فقط انحلال عقد نیست بلکه بازگرداندن دو عوض به جای پیشین خود نیز ملازم آن است. اقاله، صلاحیت بازگرداندن همان دو عوض را دارد و اگر از آن فراتر رود یعنی اگر دو طرف سببی برپا دارند که تملیک اضافی را با آن انجام دهند دیگر اقاله نیست، معامله است.^{۶۲}

اما این نویسنده محترم از این نکته غفلت کرده که مقتضای اقاله رجوع هریک از عوضین به مالک اوّل می باشد نه بقای آن عوض در مالکیت آن مالک تا روز قیامت! بنابراین بنا به مقتضای اقاله، عوض و معوض به جایگاه قبلی یعنی مالکیت مالک های پیش از عقد، برمی گردد و سپس طبق مقتضای شرط مقدار زاید به طرف مقابل تملیک می شود. بنابراین، شرط مزبور هیچ منافاتی با مقتضای اقاله نمی یابد.

۲. فایده شرط تسلط بر فسخ عقدی است که شرط، در آن درج گردیده (البته مقصود تسلط بر فسخ در صورت عدم وفا به شرط است) و در اقاله، فسخ، معهود نیست. در جواب این دلیل نیز می توان گفت: فایده شرط منحصر در آنچه ذکر شده نیست. به همین جهت شرطی که در ضمن وقف و عتق و ... درج می گردد موجب تسلط مشروط له

۶۰. قانونی مدنی، م ۲۳۳.

۶۱. حقوق مدنی، ج ۱، شماره ۳۲۸.

۶۲. قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان، ج ۵، ص ۲۶.

برفسخ نمی باشد، بلکه صرفاً الزام را دنبال می کند.^{۶۳}

۳. صحیحۀ حلبی که قبلاً ذکر گردید، شامل شرط افزایش یا کاهش نیز می شود. بنابراین، شرط مذکور باطل است.

در جواب این استدلال نیز ممکن است ادعا کنیم که روایت تنها شامل فرض نخست (کاهش یا افزایش عوضین بدون شرط) می باشد و دلیل آن، «با» در کلمۀ «بوضیعة» در جملۀ (فابی آن یقیله إلا بوضیعة) است چه، ظاهر از این جمله به قرینۀ «با»، آن است که امتناع فروشنده مستند به شرط نبوده بلکه او یک جانبه چنین تصمیمی گرفته بود. به تعبیر دیگر، ابا و امتناع او می رساند که شرطی صورت نگرفته و لذا امام (ع) حکم به ابطال فرموده است.

نتیجۀ: اگر اجماع بر بطلان شرط محقق نباشد، دلیلی بر ممنوعیت آن به نظر نمی رسد.

ب) در صورت تحقق اجماع و بطلان شرط، آیا اقاله هم باطل است؟ به عبارت دیگر سرنوشت تعدیل صورت گرفته چه خواهد شد؟

در پاسخ این سؤال نیز، دیدگاهی معتقد به بطلان تعدیل (اقاله) است که متعلق به اکثریت علما و دانشمندان می باشد. این دیدگاه، دلایلی را برای اثبات بطلان تعدیل ارائه کرده است:

۱. شرطی که مخالف با مقتضای عقد باشد موجب بطلان عقد است؛ زیرا به نفس عقد باز می گردد و اختلاف موجود در میان علما بر سر ابطال عقد به وسیلۀ شرط باطل مربوط به شرایطی است که بطلان آنها از رهگذر مخالفت با مقتضای عقد نباشد.^{۶۴}

چنان که گفتیم اکثریت قریب به اتفاق علمایی که در صفحات گذشته به کتاب هایشان اشاره کردیم، اقاله و تعدیل مورد بحث را باطل می دانند که اساس این نظر بر پایۀ مخالفت شرط با مقتضای اقاله استوار است. ماده ۲۳۳ ق. م. نیز شرط مخالف با مقتضای عقد را باطل و موجب بطلان عقد می داند. بنابراین در صورت اشتراط زیادی و نقصان، راهی

۶۳. جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۳۵۴.

۶۴. همان.

برای تصحیح اقاله وجود ندارد.

با این وجود براساس دیدگاه دیگری که در میان اهل سنت نیز پیروانی دارد، با وجود بطلان شرط مذکور، نفس تعدیل انجام شده (اقاله) صحیح است.^{۶۵} یکی از نویسندگان معاصر نیز در تأیید این دیدگاه نوشته است:

دو طرف، مجموع شرط و اقاله را با هم خواسته اند، پس از جمع آنها باید وصف حقوقی آن عمل را تمیز داد... بنابراین اگر معلوم شود که تراضی آن دو، اوصاف بیع را دارد که به اشتباه یا برای فرار از اجرای قانون نام دیگری بر آن نهاده اند، باید عمل حقوقی را تابع قواعد بیع شمرد، اگر ما پذیرفته ایم که قرارداد تابع اراده واقعی است، چرا باید در این باره، مقصود را رها کنیم و با تجزیه عبارت ها حکم به بطلان پیمانی دهیم که در واقع خواسته شده است... اگر از عقد و شرط چنین برآید که دو طرف معامله مشروع دیگری را اراده کرده اند، باید به این مقصود واقعی احترام گذارده و در مورد اقاله (هم چنین است؛ زیرا) دو طرف قصد فروش کرده اند و بر آن عنوان اقاله نهاده اند؛ پس تابع احکام بیع هستند.^{۶۶}

اگر مقصود نویسنده محترم این عبارات آن است که با وجود عدم قصد بیع از سوی طرفین و صرفاً به استناد انطباق اوصاف عمل مذکور بر آنچه رخ داده، حکم به تحقق بیع می شود، نادرستی ادعای وی به دلیل مخالفت با قاعده مسلم و پذیرفته شده «العقود تابعة للمقصود» و لزوم قصد در تحقق عقد، روشن تراز آن خواهد بود که نیازمند توضیح باشد.

اما اگر منظور ایشان صحت عقد بیع در صورتی است که طرفین آن را قصد کرده و به دلیل ملاحظاتی از الفاظ مربوط به اقاله و سایر اعمال حقوقی، استفاده کرده اند، بررسی صحت و سقم آن موکول به مبنایی است که در بحث استفاده از الفاظ عقود دیگر در عقدی

۶۵. ابوحنیفه از جمله طرفداران این نظریه است. ر.ک: شرح فتح القدیر، ج ۵، ص ۲۴۸-۲۴۹؛

المجموع، ج ۱۳، ص ۱۶۰.

۶۶. قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان، ج ۵، ص ۲۶.

مثل بیع انتخاب می کنیم. به هر حال طبق هردو احتمالی که در مورد مقصود نویسنده مذکور داده شد، این نکته مسلم است و در کلام وی نیز خلاف آن ثابت نشده که اقاله مزبور باطل است.

البته مانیز معتقدیم که طرفین می توانند به همان نتیجه (افزایش یا کاهش عوضین) با همراه کردن عقد یا ایقاعی با اقاله، برسند، اما این دیگر اقاله و تعدیل قرارداد قبلی نخواهد بود، بلکه عقدی جدید محسوب خواهد شد.

مثالی که یکی از نویسندگان محقق در همین مورد ذکر کرده در توضیح هرچه بیشتر مطلب سودمند است:

هرگاه اتومبیلی به مبلغ یک میلیون ریال فروخته شده، پس از اقاله، فرد فروشنده نسبت به مبلغ دویست هزار ریال از ثمن معامله، ابراء شود، یا غیر از ثمن که به مشتری برمی گردد مبلغی هم از مال خود فروشنده به او هبه کند. ۶۷

آنچه بر تعجب نگارنده می افزاید، نسبتی است که یکی از نویسندگان در دفاع از صحت اقاله (تعدیل) مورد بحث به شیخ طوسی داده است. وی به نقل از علامه حلی در تحریر (ج ۱، ص ۱۹۸) می نویسد:

اگر در اقاله تراضی شده است که به جای یک درهم دو دینار بگیرد یا برعکس، قبض پیش از جدا شدن طرفین لازم است؛ زیرا این اقدام یک بیع صرف است.

این نویسنده چنین نتیجه می گیرد که تئوری وی مبنی بر تغییر خود به خود اقاله به عقدی مثل بیع - که قبلاً نقل شد - مورد قبول بزرگانی همچون شیخ طوسی قرار گرفته است. ۶۸ در این جا مناسب می دانیم عین عبارت شیخ را نقل کنیم تا نادرستی برداشت مذکور هویدا گردد. شیخ طوسی با اشاره به جواز اقاله در بیع سلم و لزوم ردّ رأس المال

۶۷. سقوط تعهدات، مهدی شهیدی، ص ۱۰۳.

۶۸. قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان، همان.

اگر باقی است می نویسد:

وإن كان تالفاً لزمه مثله فإن تراضيا بقبض بدله من جنس آخر مثل أن يأخذ دراهم بدل الدنانير أو الدنانير بدل الدراهم أو يأخذ عوضاً آخر بدل الدراهم أو الدنانير كان جائزاً فإن أخذ الدنانير بدل الدراهم أو الدراهم بدل الدنانير، وجب إن يقبضها في المجلس قبل أن يفارقه لأن ذلك صرف. وإن أخذ عوضاً آخر، جاز أن يفارقه قبل القبض لأنه بيع عوض معين بثمان في الذمة. وفي الناس من قال: يجب التقابض على كل حال لأنه لو فارق قبل القبض كان الثمن والمثمن، مضمونين على البائع وذلك لا يجوز.^{۶۹}

چنان که مشهود است مقصود شیخ طوسی صحت اقاله در بیع سلم می باشد و بیان می دارد که در صورت وقوع اقاله در بیع سلم، با فرض تلف شدن مال، تراضی جدیدی (پس از اقاله) در قالب بیع صرف روی می دهد که براساس آن مال تلف شده با عوضش مبادله می گردد. بنابراین سخن شیخ طوسی ربطی به اثبات صحت اقاله با شرط زیادی یا نقصان و تبدیل آن به یک عقد دیگر مثل بیع، ندارد.

دو نکته:

۱. بنابر بطلان شرط افزایش یا کاهش، تفاوتی نخواهد داشت که این افزایش یا کاهش، عینی باشد یا حکمی. بنابراین اگر شرط گردد که فروشنده، مبلغ ثمن را به صورت اقساط برگرداند درست است.

۲. اگر افزایش یا کاهش خارج از عوض و معوض باشد به عقیده برخی از علما صحیح است. مرحوم سید محمد کاظم یزدی (ره) در این باره می نویسد:

شرط کردن چیزی خارج از عوضین مانند شرط خیاطی نمودن یا دادن یک درهم (علاوه بر ثمن) صحیح است و دلیل آن، عموم «المؤمنون» است.^{۷۰}

۶۹. مبسوط، ج ۲، ص ۱۸۷.

۷۰. رساله سؤال و جواب، سید محمد کاظم یزدی، ص ۱۹۳.

□ صورت سوم : کاستن از عوض یا معوض به طور یک جانبه ؛

□ صورت چهارم : افزایش عوض یا معوض به طور یک جانبه ؛

□ صورت پنجم : افزایش عوض و معوض با هم .

مبنای اقداماتی که در این سه صورت انجام می گیرد تراضی و توافق طرفین است .

سؤال دیگری که باید پاسخ داد این است که چه قالبی برپیکر سه صورت مورد بحث سازگار است ؟ در پاسخ باید گفت : قالب مشترك هر سه صورت عقد مصالحه یا هبه است .

یاد آوری:

۱ . پاسخ فوق براساس نظریه مشهور فقهای اسلام مبنی بر جواز وقوع صلح بلاعوض است اما برپایه نظریه دیگر که صلح را عقد معوض می داند ، تحقق مصالحه در دو صورتی که افزایش یا کاهش به صورت یک جانبه انجام می پذیرد ، بعید و ناروا است و شایان ذکر است که دیدگاه دوم در میان برخی از علمای ما طرفدارانی داشته ^{۷۱} و در حقوق بیگانه نیز نظر غالب است ^{۷۲} . قانون مدنی ایران به پیروی از نظر فقهای شیعه صلح بدون عوض را جایز می داند . ^{۷۳}

۲ . در صورتی که عوض یا معوضی که به طور یک جانبه از آن کاسته می شود دین باشد (نه عین خارجی) قالب دیگری نیز بر پیکر صورت سوم سازگار خواهد بود و آن ابراء است ؛ چرا که طبق نظر برگزیده ، ابراء نسبت به مقداری از دین نیز صحیح است . ^{۷۴}

۳ . در صورتی که عوض یا معوض با هم افزایش می یابند نسبت به مقدار زاید ، همان طور که هبه معوضه قابل تصور می باشد بیع نیز قابل تصور است .

۷۱ . مغنی ، ابن قدامه ، ج ۴ ، ص ۳۶۳ ؛ تذکره ، ج ۲ ، ص ۱۷۹ .

۷۲ . بودری و باره ، ج ۳ ، شماره ۱۷۶۸ ؛ کولن و کاپیتان ، ج ۲ ، ش ۵۸۰ (به نقل از الوسیط ، ج ۳ ، ص ۹۶۸) .

۷۳ . قانون مدنی ، م ۷۵۷ . ر.ک : حقوق مدنی ، امامی ، ج ۲ ، ص ۳۱۵ ؛ حقوق مدنی ، عدل ، ص ۳۸۱ .

۷۴ . تذکره الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۱۷۷ ؛ تحریر الاحکام ، ج ۱ ، ص ۵۶۱ ؛ جامع المقاصد ، ج ۵ ، ص ۴۱۲ ؛ مناهل ، ص ۱۰ .

فصل سوم:

تعدیل قانونی و غیر مستند به توافق

«تعدیل قانونی» عنوانی است برای اصلاح و تغییری که در قراردادها بدون استناد به توافق طرفین عقد، صورت می‌پذیرد.

مرسوم است که تعدیل غیر توافقی را به دو قسم منقسم ساخته و تعدیل قانونی را در برابر تعدیل قضایی قرار می‌دهند. در این تقسیم، منظور از تعدیل قانونی، اصطلاحی است که به حکم قانون گذار، در عقود و قراردادها انجام می‌شود. ماده واحده تقلیل اجاره بهای واحدهای مسکونی، مصوب ۱۳۵۸/۸/۷ که می‌گوید: «کلیه اجاره بهای خانه‌های استیجاری که به عنوان محل مسکونی به اجاره واگذار شده و مستاجر از عین مستأجره به صورت مسکن استفاده می‌کند، از تاریخ ۱۳۵۸/۹/۱، بیست درصد تقلیل داده می‌شود» و نیز ماده اول قانون روابط موجر و مستاجر، مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳، از نمونه‌های تعدیلاتی دانسته شده که به حکم قانون و بر مبنای تعدیل قانونی صورت می‌گیرند.

ولی ما این تقسیم را کنار گذاشته و هر دو قسم را تحت یک عنوان «تعدیل قانونی» مطرح می‌سازیم و منظورمان، اصلاحی است که بر مبنای قانون و شرع انجام می‌پذیرد. دلیل ما بر این یگانه سازی آن است که در تعدیلاتی که قانون گذار صورت می‌دهد، پذیرش تعدیل محدود به چهار چوب و قلمرویی خواهد بود که در آن با تعدیل به اصطلاح قضایی، اشتراك و وحدت ملاک وجود دارد.

به تعبیر دیگر، در تعدیلات قانونی نیز مبنای دخالت قانون گذار و ایجاد تغییر همان دلیلی خواهد بود که در صورت تعدیلات قضایی، مجوز تغییر و اصلاح می‌باشد، مگر آن که حکومت از اختیارات ویژه حکومتی استفاده کند که این بحث دیگری است و باید در جای خود مورد بررسی قرار گیرد.^{۷۵}

۷۵. برای مطالعه بیشتر در زمینه اختیارات حکومت در زمینه مداخله در قراردادها و احوال شخصی افراد، مراجعه شود به مقاله جایگاه مصلحت در شریعت (اثر نگارنده) فصل سوم.

□ شرایط انطباق نظریه حادثه غیر مترقبه

در کتب حقوقی برای تجویز تعدیل قرارداد در صورت وقوع حادثه غیر مترقبه شرایطی ذکر گردیده که عبارتند از:

۱. مدت دار بودن عقد و وجود فاصله بین زمان وقوع آن و هنگام وفا.

«غالباً حوادث پیش بینی نشده و پس از گذشت مدت زمانی نسبتاً طولانی پدید می آیند و بسیار نادر است که بلافاصله پس از اجرای عقد، حادثه ای پیش بینی نشده، رخ دهد.»

شرط فوق در برخی از قوانین معاصر نیز صریحاً درج گردیده که از جمله می توان به قانون مدنی ایتالیا اشاره کرد.^{۷۶}

چنان که مشهود است، مدت دار بودن عقد موضوعیتی ندارد. بنابراین اگر در مواردی - هر چند نادر - حادثه ای پیش بینی نشده بلافاصله پس از عقد رخ دهد، مانعی از اجرای نظریه حوادث پیش بینی نشده نخواهد بود. به همین دلیل در قوانین مدنی پیشرفته پیگانه ذکری از این شرط به میان نیامده است.^{۷۷}

۲. حادثه غیر مترقبه، عمل به عقد را ناممکن نسازد بلکه توأم با نابرابری عوضین و برهم خوردن تعادل نسبی آن دو نماید. بنابراین حادثه مذکور سبب بطلان عقد نمی گردد بلکه آن را به حد معقولی برمی گرداند که در طی آن، خسارت بین طرفین توزیع می شود.

نتیجه این شرط، آن است که تأثیر حادثه مورد نظر نسبی بوده و با تغییر شرایط و زمینه ها تغییر می یابد؛ لذا ممکن است حادثه ای نسبت به کسی، نابرابری عوضین را محقق سازد و نسبت به شخص دیگری چنین نباشد.

۳. حادثه پیش بینی نشده، عمومی باشد نه مخصوص شخص. وقوع جنگ

۱۲۶

فقه اهل بیت

سال ۷ / شماره ۲۷

۷۶. الوسیط، ج ۱، ص ۶۴۳.

۷۷. همان.

یا حوادث طبیعی مثل سیل و زلزله، انقلاب و شورش اجتماعی، تنزل یا ترقی فوق العاده ارزش پول رایج، مثال های حادثه عمومی و ورشگستگی و مرگ، مثال های حادثه مخصوص می باشند.

۴. حادثه مذکور نباید نتیجه عمل یا انتخاب طرف قرارداد باشد.

۵. حادثه مذکور در هنگام عقد قابل پیش بینی نباشد.^{۷۸}

این بود شرایطی که در تطبیق، نظریه حادثه غیر مترقبه، معتبر دانسته می شود، پذیرش یا عدم پذیرش هریک از این شروط موکول به بحث و بررسی گسترده ای است که در ضمن مطالب آتی می آید.

□ تفاوت تعدیل قرارداد در صورت حادثه غیر مترقبه با نظریه قوه قاهره

قوه قاهره یا فورس ماژور (Force Majeure) اصطلاحی در حقوق فرانسه است که نخست در قانون مدنی این کشور به کار رفته و سپس در کشورهای دیگر همین اصطلاح یا ترجمه آن معمول گردید. در تعریف فورس ماژور آمده است:

به معنای عام، هر حادثه غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب است که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد. فورس ماژور موجب براءت است. فورس ماژور به معنای خاص در مقابل حادثه غیر مترقبه قرار می گیرد و عبارت از حادثه ای بیرونی است. بدین معنا که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهد باشد (نیروی طبیعی، عمل دولت، عمل شخص ثالث).^{۷۹}

فورس ماژور از نظر شرایط و نیز آثار، تفاوت اساسی با نظریه حادثه غیر مترقبه دارد؛ چرا که حادثه پیش بینی نشده در نظریه فورس ماژور موجب ناممکن گشتن عمل به قرار داد^{۸۰} می شود و اثر آن بر حسب مورد، سقوط تعهد (بطلان عقد) یا تعلیق آن است.

۷۸. الوسیط، ج ۱، ص ۶۴۳؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۱۶.

79. Lexique Juridique.

80. Impossibility.

درحالی که درنظریه حادثه غیر مترقبه اولاً، حادثه موجب ناممکن گشتن عمل به قرارداد نمی شود و ثانیاً، اثر آن، صرفاً تعدیل و اصلاح قرارداد است.

قابل ذکر است که حادثه غیر مترقبه در اصطلاح دیگر به معنای حادثه ای درونی و وابسته به فعالیت های متعهد (مثل آتش سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن راه آهن و ...) تفسیر می گردد، دربرابر فورس مازور که حادثه برونی است؛ مانند سیل و توفان.^{۸۱} و نیز شایان ذکر است که در اصطلاحی دیگر بین فورس مازور و حادثه غیر مترقبه فرق گذاشته نمی شود و دریک معنای واحد به کاربرده می شوند. بنابراین باید توجه داشت که مقصود ما از حادثه غیر مترقبه، حادثه ای که به بطلان عقد می انجامد نیست.

□ دلایل تعدیل قرارداد در صورت بروز حادثه پیش بینی نشده

الف) حسن نیت و لزوم مراعات آن در اجرای قراردادها: درحقوق بیگانه، مراعات حسن نیت، اصل سائد برای اجرای قراردادها معرفی می شود. به همین جهت ماده ۱۳۵ق.م فرانسه، انصاف را از منابع التزام های قراردادی می شناسد و رویه قضایی آن کشور نیز بروجوب مراعات حسن نیت در تنفیذ عقد، پای می فشرد تا آن جا که مقرر می دارد پیمانکار موظف است از کوتاه ترین راه ممکن اقدام به برق رسانی کند و متصدی حمل و نقل باید کالا را از راه مناسب حمل نماید و نیز درصورت وجود حسن نیت درعدم اجرای قرارداد، به مدیون مهلت می دهد.^{۸۲}

قانون مدنی سوئیس نیز صریحاً اعلام می کند:

هرکس مکلف است حقوق و تعهدات خود را برطبق موازین حسن نیت اجرا

کند.^{۸۳}

و نیز تصریح می شود:

۸۱. حقوق مدنی و تطبیقی، ص ۳۹۶.

۸۲. الوسیط، ج ۱، ص ۶۲۷ (نقل از پلانیول و ریپر، ج ۲، ش ۴۵۵).

۸۳. حقوق تعهدات، امیری قائم مقامی، ج ۱، ص ۱۷۸.

پرداخت دین با پولی که ارزش خود را از دست داده است، با قواعد مربوط به

حسن نیت در قراردادهای منافات دارد و چهره ای از سوء استفاده از حق است.^{۸۴}

توجیه تعدیل قانونی در حقوق مبتنی بر حسن نیت، بی دردرس و سهل است و به همین جهت افرادی مثل دکتر سنه‌وری (حقوق دان برجسته عرب) با ابتدای این تعدیل بر اصل حسن نیت، خود را از هرگونه زحمت اضافی رها می‌سازند. اما در حقوق اسلامی، حسن نیت اصلی اخلاقی شمرده می‌شود که تقابل آن با اصالت لزوم در عقد، به معنای خلط قوانین اخلاقی و قوانین حقوقی محسوب خواهد گشت. بنابراین در حقوق دینی خود، نمی‌توانیم در برابر اصل لزوم در قراردادهای، اصل حسن نیت را به خودی خود عکس کنیم.

سؤال: در منابع دینی به حدیثی تمسک می‌شود که براساس آن، اجرای عقدی لازم مثل بیع به دلیل برخورد با حسن نیت، متوقف می‌شود. حدیث مزبور را جابر بن عبدالله انصاری از پیامبر اکرم (ص) نقل کرده:

لُوبِعَتْ مِنْ أَخِيكَ ثَمْرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ

مَالِ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟^{۸۵}

جواب: این حدیث که در منابع حدیثی اهل سنت نقل گردیده از سوی بزرگان ایشان کنار گذاشته شده و جواب‌های متعددی در زمینه استدلال به آن داده اند؛ از جمله:

۱. حدیث اعلال داشته و قابل استناد نیست؛
 ۲. حمل بر اصابه جائحه، پیش از قبض می‌شود؛
 ۳. مورد آن بیع ثمره پیش از بدو صلاح بوده است؛
 ۴. حمل بر استحباب می‌شود.^{۸۶}
- علاوه بر این که به حسب ظاهر روایت مربوط به موردی است که بر اثر ورود جائحه، وفا به عقد بر بایع متعذر گردیده باشد که ربطی به بحث ما ندارد.

۸۴. رساله تعهدات در حقوق سوئیس، پیر آتزل، ص ۵۲۹، به نقل قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، ص ۸۹.

۸۵. صحیح مسلم (با شرح نووی)، ج ۱۰، ص ۲۱۶.

۸۶. نیل الاوطار، ج ۵، ص ۱۵۰؛ الام، ج ۳، ص ۵۱؛ بذایة المجتهد، ج ۲، ص ۱۷۶.

ب) غبن حادث: غبن که یکی از ارکان مقوم آن نابرابری فاحش عوض و معوض است، موجب می گردد که مغبون حق برهم زدن عقدی را که پای بندی به آن وی را دچار زیان و آسیب می سازد، پیدا کند. در حقوق ما، برخورداری مغبون از چنین حقی جزء قواعد عمومی قراردادهاست (جز در عقودی که مبتنی بر مسامحه و ارفاق باشد).^{۸۷}

این نظر متخذ از فقه ماست که بیشتر فقها بدان تن داده اند.^{۸۸}

اما این سؤال وجود دارد که آیا نابرابری عوض و معوض تنها در صورتی که هنگام عقد قرارداد وجود داشته باشد موجب جواز فسخ عقد و برهم زدن عقد نامتعادل است یا آن که اگر بعد از عقد و بر اثر پیدایش شرایط جدید، تحقق یابد نیز همان اثر و نتیجه را در پی دارد؟ دکتر کاتوزیان به نقل از برخی حقوق دانان بیگانه نتیجه می گیرد که غبن حادث (نابرابری بعدی عوض و معوض) اثر غبن ثابت هنگام عقد را نداشته و به اعتقاد متفکران و اندیشمندان حقوقی فرانسه، نمی تواند مبنای بازنگری در عقد باشد.^{۸۹}

به عنوان مثال در رد سببیت غبن حادث، دلایل ذیل مطرح شده است:

الف) استناد به غبن در زمره قواعد عمومی قراردادهای معوض نیست؛ قاعده ای است استثنایی برای حمایت از پاره ای معامله کنندگان. پس نمی توان ادعا کرد که برای جلوگیری از غبن حادث به عنوان قاعده، اعتبار دارد.

ب) عدم تعادل بین دو عوض در زمان انعقاد قرارداد، به این دلیل به زیان دیده حق فسخ یا تعدیل می دهد که نشانه بهره برداری از ناآگاهی او در زمان تراضی است و گر نه برهم خوردن تعادل بین دو عوض، خود به خود از اعتبار معامله نمی کاهد.^{۹۰}

۸۷. قانون مدنی، ص ۴۱۶-۴۵۶.

۸۸. در میان اهل سنت، ابوحنیفه و شافعی، غبن را موجب خیار نمی دانند، و مالک نیز معتقد به تفصیل بوده در صورتی که مقدار تفاوت بیش از یک سوم باشد، حکم به جواز فسخ می کند. (ر.ک: المحلی، ج ۸، ص ۴۳۹؛ مغنی ابن قدامة، ج ۴، ص ۹۲؛ الام، ج ۳، ص ۹۱؛ فتح القدیر، ج ۶، ص ۴۳۱).

۸۹. قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۸۴.

۹۰. قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، الکس ویل، وریپر، ر.ش ۸۵.

این نوع قضاوت در مورد غبن حادث، معلول نگرش حقوق فرانسه در مورد اصل غبن است؛ چرا که برابر مواد ۱۳۱۳ تا ۱۳۱۸ قانون مدنی فرانسه، غبن و تأثیر آن محدود به معامله اموال غیر منقول بین اشخاص غیر کبیر، با شرایطی ویژه شده است، آن هم فقط به نفع بایع. به همین جهت ماده ۴۲۵ قانون مدنی مصر نیز تحت تأثیر همین نگرش، اجرای قواعد غبن را این گونه محدود و مضیق می‌بیند:

إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية و كان في البيع غبن، يزد على خمس، فلبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.^{۹۱}
و نیز تحت تأثیر همین دیدگاه، تعادل عوض و معوض در هنگام عقد را ملاک قرار داده و در بند دوم همان ماده، افزایش و کاهش بعدی را بی اعتبار می‌خواند.^{۹۲}

بنابر آنچه گفته شد روشن گردید که پیروی از چنین نگرشی برای ما - که دارای حقوقی مبتنی بر فقه اسلامی بوده در آن اولاً، غبن از قواعد عمومی قراردادها شناخته می‌شود (مقصود عقود معوض است) و ثانیاً، محدوده آن بسیار وسیع تر از قلمرو غبن در حقوق فرانسه می‌باشد - ضرورتی ندارد. شایان ذکر است که مطابق ماده ۲۱ قانون تعهدات سوئیس و نیز بند دوم ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان هم غبن دارای قلمروی وسیع تری بوده و از این نظر تفاوت بارزی با قانون مدنی فرانسه دارند. لذا بعید نیست که با در نظر گرفتن این وسعت دید، غبن حادث را مشمول قواعد غبن ثابت در هنگام عقد دانسته و اطلاق قوانین مذکور را به آن سرایت بدهیم. به هر تقدیر، شایسته می‌بینیم که این مسأله را از منظر حقوق اسلامی و با به کارگیری قواعد پذیرفته شده فقهی مورد بحث قرار دهیم.

در فقه ما گرایش عمومی فقها بر آن است که غبن حادث، اثری نداشته و نمی‌تواند موجبات تجدید نظر در عقد و جواز فسخ آن را هم آورد. طرفداران این گرایش^{۹۳} به طور

۹۱. الوسیط، ج ۴، ص ۳۸۷.

۹۲. همان.

۹۳. مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۰۳؛ جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۴؛ حدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۴۱؛ جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۴۲؛ مکاسب، ص ۲۳۶.

خاص به اجماعی استناد می کنند که علامه حلی در تذکره ادعا کرده است :

وإنما تؤثر الزيادة الفاحشة و النقص الفاحشة في تزلزل العقد و ثبوت الخيار

فیما لو تبینتا بعد العقد و لو كانتا بعده لم يعتد بهما إجماعاً.^{۹۴}

در این مورد باید گفت : بسیار بعید است که منظور علامه ، اجماع تعبدی مصطلح باشد و شاهد آن عدم طرح این مسأله در کتب پیشینیان است . نگارنده ، کتب بسیاری از قدما همچون ، مهذب ، غایة المرام ، مبسوط ، خلاف ، وسیله ، غنیه ، سرائر ، شرائع ، تنقیح و مقنعه را بررسی کرد و دریافت که مسأله غبن حادث در هیچ یک مطرح نبوده است و تنها در مقنعه صدوق به عبارتی این چنین برخورد :

إن اشترى طعاماً فتغیر سعره قبل ان یقبضه فإن له السّعر الذی اشتراه به .^{۹۵}

البته در مورد آن نیز دو نکته قابل تأمل وجود دارد :

۱. عبارت مقنعه ، متخذ از روایات بوده و همین عبارت نیز در کتب روایی ما آمده است .^{۹۶}
۲. این عبارت مربوط به بیع سلم است و در مورد بیع مذکور نکته به خصوصی مطرح است که به موقع خواهیم گفت . بنابراین باید اجماع را در کلام علامه به معنای نوعی ارتکاز و بنای عمومی دانست . یکی از معاصران در همین باره می نویسد :

هذا الإجماع وإن كان یعد کونه تعبدیاً - كما هو واضح - ولکنه موافق للارتکاز.^{۹۷}

این ارتکاز و بنا نیز ناظر به شرایط و اجتماع آن روزگاران با روابط اقتصادی بسیار ساده بوده و نمی توان آن را در شرایط جدید و بروز حوادث غیر مترقبه شگرف دنیای امروز ، قابل قبول دانست . مؤید این برداشت ما تفسیر یکی از بزرگان از ارتکاز و بنای مذکور است :

یتضح ذلک بملاحظة حال التجار حیث یربحون فی المعاملات او یخسرون

فیها بعد العقد و یغن أحد المتبايعین و یربح الآخر ، من غیر ان یدعی

۹۴. تذکره الفقهاء ، ج ۱ ، ص ۵۲۲ .

۹۵. مقنعه ، ص ۳۶۷ (چاپ مؤسسة الامام الهادی (ع)).

۹۶. تهذیب ، ج ۷ ، ص ۳۹ ، ح ۵ (با اندک اختلاف عبارتی).

۹۷. مصباح الفقاهه ، ج ۶ ، ص ۳۰۹ .

أحدهما الغبن ... وليس ذلك إلا من جهة عدم ثبوت الخيار له وعدم بناء
العقلاء وارتكازهم على ذلك بعد العقد.^{۹۸}

بنابراین باید مسأله غبن حادث را بدون در نظر گرفتن اجماع و ارتکاز و بنای عمومی
بررسی کرد و در نتیجه می‌بایست به مبنایی که در اصل مبحث غبن برگزیده ایم و برپایه آن
خیار فسخ را توجیه نموده ایم مراجعه کرده و براساس آن حکم نماییم.
درمسأله خیار غبن از دو مبنای کلی برای اثبات خیار استفاده می‌شود:

الف) شرط ضمنی: نظریه شرط ضمنی با این فرض آغاز می‌شود که در معاملات
معوّض، هریک از طرفین مالی را به دیگری می‌دهد تا عوض متعادل بگیرد و اصولاً
ترازی ایشان بر همین اساس و مشروط به همین شرط است.
بنابراین تعادل عوضین، چونان وصف صحت، نیازی به ذکر در متن عقد نداشته،
ضمناً همراه عقد می‌باشد.

اگر مبنای اثبات خیار غبن، شرط ضمنی باشد این ادعا جایی ندارد که تعادل عوضین
همواره مد نظر طرفین بوده و مقصود ایشان است؛ چرا که با مراجعه به عرف، روشن
می‌شود که متعاملین، تعادل عوضین هنگام عقد را ملحوظ می‌کنند.

ب) قاعدة لا ضرر: براساس قاعدة لا ضرر، حکم به لزوم عقد و عدم تسلط مغبون
برفسخ، ضرر براوست و قاعدة لا ضرر آن را نفی می‌کند. برپایه این استدلال می‌توان
حکم به تزلزل هر عقدی کرد که لزومش ضرر به مغبون است، چه این غبن در هنگام اجرای
عقد ثابت بوده یا بعداً عارض گردد.

اشکال: بر استدلال به لا ضرر برای اثبات اعتبار غبن حادث، اشکالی بدین شرح
وارد گردیده است:

بین این دو مورد (غبن ثابت در هنگام عقد و غبن حادث) یک نقطة مشترك وجود

۹۸. مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۳۱۳.

دارد و آن تحقق ضرر است اما فرق این دو در آن است که درغبن ثابت، مشتری مغبون، ضرر خود را با فسخ برطرف می کند اما بدون آن که برغیر (بایع) ضرری وارد سازد؛ چرا که فسخ عقد غبنی، درحق بایع [عرفاً] عدم نفع است؛ ولی در غبن حادث، فسخ، اضرار بر بایع می باشد... بنابراین غبن حادث، مصداق مسأله دفع ضرر متوجه به خویش با اضرار به غیر است و در مواردی که ضرر خویش را با اضرار به غیر دفع می کنیم، قاعده لا ضرر جریان ندارد (یا به دلیل انصراف و یا به علت آن که دو فرد ضرر با هم تعارض می کنند).^{۹۹}

جواب: این اشکال وارد نیست؛ زیرا در ضرر غبن ثابت و حادث هیچ تفاوتی به چشم نمی خورد و اگر ضرر وارد بر بایع در غبن ثابت، عدم نفع عرفی بوده و قاعده لا ضرر در جانب مغبون بی معارض، جریان می یابد، ضرر وارد بر بایع در غبن حادث نیز عدم نفع خواهد بود و فرقی بین این دو وجود ندارد. بنابراین بهتر است که اشکال را به این صورت بیان کنیم:

به مقتضای عقد صورت گرفته، بایع حق مطالبه ثمن، و مشتری حق مطالبه مبیع را دارا شده اند، لیکن بر اثر شرایط خارجی، اعمال این حق از سوی یکی (مثلاً بایع) مستلزم تضییع دیگری (مشتری) است و نظر مشهور فقها^{۱۰۰} بر آن است که هرگاه اعمال حق، مستلزم زیان دیگری گردد، نمی توان صاحب حق را از تصرف و اعمال حقش بازداشت. شیخ انصاری فقیه بزرگ شیعه در همین باره می نویسد:

آنچه گفته ایم (مبنی بر این که اضرار به غیر برای دفع ضرر از خویش جایز نیست) در تضری است که برغیر وارد می آید امانه از سوی کسی که در مال خویش تصرف می کند. بنابراین اگر شخص در مال خود تصرفی کند (به منظور دفع ضرر یا حتی جلب سود به نفع خویش) که این تصرف مستلزم تضییع غیر باشد، ممنوعیت این تصرف را نمی پذیریم.^{۱۰۱}

۹۹. خیارات، آیت الله اراکی، ص ۱۸۸.

۱۰۰. ر.ک: مبسوط، باب احیاء الموات، دروس و سرائر، همان باب.

۱۰۱. رساله نفی ضرر، ص ۳۷۵.

ویژگی غبن حادث موجب می شود که این اشکال در مورد غبن ثابت در هنگام عقد قابل طرح نباشد؛ زیرا در مورد غبن حادث فرض مسأله این است که هنگام عقد تعادل عوضین برقرار بوده و مالکیت هریک مستقر شده سپس بر اثر حوادث غیر مترقبه ادای تعهد و وفا به عقد مستلزم ضرر دیدن یکی از آن دو شده است و در این موارد دیدیم که مشهور، حکم به ممنوعیت مطالبه حق از سوی صاحب آن نمی کند؛ بلکه حتی بنابر مبنای کسانی که در این فرض، قاعده لا ضرر را در هر دو طرف جاری دانسته و حکم به تعارض و رجوع به عمومات می کنند نیز نتیجه همان است؛ چرا که عمومات لزوم عقد و ضرورت وفا به آن، در این صورت مرجع خواهند بود.

نکته دیگر این که جواز تصرف و اعمال حق با فرض تضرر غیر، منحصر به مواردی نیست که مالک و صاحب حق به منظور دفع ضرر از خویش، تصرف می کند بلکه اگر اعمال حق به انگیزه جلب سود هم صورت بگیرد طبق رأی مشهور و پذیرفته شده، جایز است.

نتیجه: این که استناد به قاعده لا ضرر و غبن حادث برای توجیه تعدیل قانونی، کارساز نیست و اما در فرض استناد، از چند نکته نباید غفلت کرد:

۱. با پذیرش تأثیر غبن حادث، مغبون تنها حق فسخ قرارداد را می یابد اما حق تعدیل ثمن یا مثنی با گرفتن ارزش را ندارد. البته بر اساس دیدگاهی اگر چه غبن، موجب ثبوت ارزش نیست اما غابن با بذل تفاوت، حق فسخ مغبون را ساقط می کند.^{۱۰۲} شایان توجه است که در حقوق غرب غبن، علاوه بر مطالبه فسخ قرارداد از سوی مغبون، حق درخواست تکمیل (پرداخت تفاوت) را نیز به او می دهد.^{۱۰۳}

۲. با پذیرش استناد به لا ضرر برای اثبات خیار غبن حادث، نباید غفلت کرد که:

اولاً، این نظر در قراردادی قابل اعمال است که اجرای تعهد در آنها به طور مستمر یا با تأخیر انجام می شود اما غبن در قراردادهای فوری بعید است که خارج از قلمرو قواعد

۱۰۲. تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۵۲۳.

۱۰۳. برای مطالعه این رأی در حقوق غرب ر. ک: دروس حقوق مدنی، مازو، ۳، ش ۸۷۵- نیز ر. ک:

الوسیط، ج ۴، ص ۴۰۲.

مربوط به غبن هنگام عقد تفسیر گردد.

ثانیاً، این راه حل در عقودی راه دارد که خیار غبن در آنها موجود می شود. پس در عقود رایگان و نیز عقود مبتنی بر تسامح مثل صلح، غبن حادث راه ندارد؛ زیرا در این عقود، تعادل عوضین ضرورت ندارد، همچنین قراردادهای معوضی که بر مبنای استقبال از خطر و تحمل ضرر و زیان های محتمل واقع می شوند، مثل عقد بیمه، مشمول این نظریه نخواهند بود.

ثالثاً، نباید حادثه غیر مترقبه نتیجه اقدامات شخص مغبون باشد؛ همانند به تأخیر انداختن اجرای تعهد، زیرا در این فرض قاعده اقدام مانع از جریان قاعده لاضرر است. رابعاً، فسخ، و اعمال خیار غبن نباید موجب ضرر فاحش طرف مقابل گردد؛ در غیر این صورت، دو ضرر با یکدیگر تعارض کرده و به عمومات وفا به عقد و لزوم آن مراجعه می شود.

خامساً، مسأله تعدیل مهریه که در زمان ما مطرح گردیده بر اساس نظریه غبن حادث قابل توجیه نیست؛ چرا که اجرای قواعد عقود معوض در عقد نکاح، مواجه با تردید و اشکال است.

این موضوع (مهریه) را باید از زاویه دیگری نگریست که نگارنده در رساله دیگری آن را سامان داده است.

این بود مختصری از بسیار که در باب موضوع بسیار با اهمیت و مؤثر تعدیل قرارداد، قابل طرح و عرضه می نمود. البته نویسنده مدعی نیست که حق مطلب را در این زمینه ادا کرده؛ بلکه تنها راهی را گشوده است تا پژوهشگران را متوجه اهمیت موضوع ساخته و آنان را به تلاش در این عرصه، تشویق کند.

و من الله التوفیق و علیه التکلان.

۱۳۶

فصل هفتم

سال ۷ / شماره ۲۷