

# بسم الله الرحمن الرحيم



# دانشگاه یزد

دانشکده الهیات میبد  
گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه  
برای دریافت درجه کارشناسی ارشد  
فقه و حقوق خصوصی

قواعد فقهی حاکم بر تعدیل قرارداد

استاد راهنما: دکتر عباس کلانتری  
استاد مشاور: دکتر سید احمد میر خلیلی  
پژوهش و نگارش: عفت قائدی موصلو

اردیبهشت ۹۱



**\*تقدیرم به**

**روح پاک پدرم، که عالمانه به من آموخت تا چگونه در عرصه  
زندگی، ارستادگی را تجربه نمایم**

**و به**

**مادرم، در راهی بی کران فداکاری و عشق که وجودم برایش  
همه رنج بود و وجودش برآرم همه مهر**

**و به**

**همسرم، اسطوره زندگی‌ام، پناه خستگی‌ام و امید بودم**



## \* تقدیر

سپاس خدای را که توفیق پیمودن مسیر عدالت را بر من ارزانی داشت و توفیق نگارش نوشتار حاضر را در نزدیک شدن بدان نصیبم کرد.

بی تردید، دست یازیدن به چنین امری، نیازمند سعی وافری است که مرا به آسانی، بدان دسترسی نبود، ولی راهنمایی‌ها و ارشادات اساتید بزرگوام، دستیابی بدان را برایم میسر نمود.

بنابراین بر خود فرض می‌دانم که سپاس‌های بی‌کران خویش را به اساتید ارجمند و دانشمندانم، آقایان دکتر عباس کلانتری و دکتر احمد میر خلیلی که در تدوین این رساله، به عنوان اساتید راهنما و مشاور مرا یاری کرده‌اند و نیز افتخار شاگردیشان را در دوران تحصیل داشته‌ام، تقدیم نمایم.

بدون تردید، نقاط قوت پایان نامه، مرهون راهنمایی‌های، اساتید ارجمند و نقاط ضعف آن مربوط به نگارنده است که امیدوارم، اهل علم، این نقیصه را بر من ببخشایند.



## چکیده

اصل لزوم قراردادهای تقریباً در همه نظام‌های حقوقی و حقوق ملی کشورها مورد توجه و احترام حقوقدانان بوده است. پذیرش تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قراردادهای، استثنایی بر اصل الزامی بودن قراردادهای است. قراردادهای با اجرای طولانی مدت ممکن است با حوادثی مواجه شود که تعادل اولیه قرارداد را به هم زند و اجرای تعهد یکی از طرفین را به شدت سنگین سازد. روش‌هایی که جهت برابر ساختن این تعادل به هم ریخته وجود دارد تعدیل قرارداد نامیده می‌شود. چنین عملی ممکن است توسط خود طرفین قرارداد، مقنن یا قاضی تحقق پیدا کند که به ترتیب، تعدیل قراردادی، تعدیل قانونی و تعدیل قضایی نامیده می‌شوند. در تحقیق حاضر به بررسی قواعد فقهی حاکم در تعدیل قرارداد پرداخته‌ایم.

تعدیل قراردادی با حاکمیت قاعده شروط از دیدگاه حقوق ایران پذیرفته شده است اما این موضوع دارای استثنائاتی است که اختیارات طرفین را در انجام این نوع تعدیل محدود می‌کند. در زمینه تعدیل قانونی نیز، مواد متعددی در حقوق ایران یافت می‌شود که، قانونگذار با استفاده از قاعده فقهی نفی عسر و حرج تغییر مدت قرارداد یا محتوای آن را پیش بینی نموده است.

اگر طرفین قرارداد و یا مقنن تعدیل قرارداد را پیش بینی ننموده باشند، دادرس می‌تواند با استفاده از قواعد مورد قبول از جمله قاعده لاضرر یا با تفسیر اراده طرفین و... اقدام به تجدید نظر در مفاد قرارداد نماید.

واژگان کلیدی: قواعد فقهی، تعدیل قرارداد، قاعده شروط، قاعده عسر و حرج، قاعده لاضرر





## فهرست مطالب

مقدمه..... ۱

### طرح تحقیق

۱. بیان مسئله..... ۵

۲. اهمیت موضوع..... ۶

۳. سابقه تحقیق..... ۶

۴. روش تحقیق..... ۷

۵. سؤالات تحقیق..... ۷

۶. فرضیات..... ۷

### فصل اول: کلیات

۱-۱. پیشینه تعدیل..... ۱۱

۲-۱. مفاهیم..... ۱۲

۱-۲-۱. قواعد فقهی..... ۱۳

۲-۲-۱. نظریه فقهی..... ۱۴

۳-۲-۱. مسئله فقهی..... ۱۴

۴-۲-۱. تعدیل..... ۱۴

۵-۲-۱. تعدیل و تبدیل تعهد..... ۱۵

۶-۲-۱. تعدیل و تکمیل قرارداد..... ۱۶

۷-۲-۱. تعدیل و تفسیر قرارداد..... ۱۷

۸-۲-۱. اقسام تعدیل قرارداد..... ۱۷

۹-۲-۱. قرارداد..... ۱۸

۱۰-۲-۱. تعهد..... ۱۹

۱۱-۲-۱. عقد..... ۲۰

۱-۲-۱۲. معامله ..... ۲۰

## فصل دوم: قواعد حاکم بر تعدیل قراردادی

۱-۲. بررسی قاعده شروط در فقه ..... ۲۶

۱-۱-۲. مفهوم شرط ..... ۲۶

۲-۱-۲. مستندات قاعده ..... ۲۷

۱-۲-۱-۲. آیات ..... ۲۸

۲-۲-۱-۲. روایات ..... ۳۱

۳-۲-۱-۲. اجماع ..... ۳۲

۴-۲-۱-۲. بناء عقلاء ..... ۳۳

۳-۱-۲. مفاد قاعده ..... ۳۳

۴-۱-۲. اصل حاکم بر شروط ..... ۳۴

۲-۲. نقش شرط ضمن عقد در تعدیل قرارداد ..... ۳۷

۱-۲-۲. شرایط صحت شروط ضمن عقد ..... ۳۸

۲-۲-۲. اقسام شرط ضمن عقد ..... ۳۹

۱-۲-۲-۲. اقسام شرط ضمن عقد صحیح ..... ۳۹

۲-۲-۲-۲. اقسام شرط ضمن عقد فاسد ..... ۴۰

۳-۲-۲. شروط تعدیلی ضمن عقد ..... ۴۰

۱-۳-۲-۲. شروط تعدیل قهری قرارداد ..... ۴۱

۱-۱-۳-۲-۲. شروط تعدیلی بی واسطه قرارداد ..... ۴۲

۱-۱-۱-۳-۲-۲. صحت شروط بی واسطه ..... ۴۴

۲-۱-۳-۲-۲. شروط تعدیلی با واسطه قرارداد ..... ۴۶

۱-۲-۱-۳-۲-۲. صحت شروط با واسطه ..... ۴۷

۲-۳-۲-۲. شروط اختیاری تعدیل قرارداد ..... ۵۱

- ۵۲..... ۲-۲-۳-۱. تعدیل منوط به الحاق طرفین
- ۵۳..... ۲-۲-۳-۲. صحت شروط منوط به الحاق طرفین
- فصل سوم: قاعده حاکم در تعدیل قانونی
- ۵۸..... ۳-۱. بررسی قاعده نفی عسر و حرج در فقه
- ۵۸..... ۳-۱-۱. مفهوم قاعده
- ۵۸..... ۳-۱-۲. مستندات قاعده
- ۵۹..... ۳-۱-۲-۱. آیات
- ۵۹..... ۳-۱-۲-۲. روایات
- ۶۱..... ۳-۱-۲-۳. عقل
- ۶۳..... ۳-۱-۲-۴. اجماع
- ۶۳..... ۳-۱-۳. مفاد قاعده
- ۶۴..... ۳-۱-۴. قلمرو قاعده
- ۶۵..... ۳-۱-۴-۱. وضعیت قاعده در مورد احکام وضعی
- ۶۶..... ۳-۱-۴-۲. وضعیت قاعده در مورد امور عدمی
- ۶۸..... ۳-۱-۴-۳. وضعیت قاعده در تعارض با ضرر یا حرج دیگر
- ۶۹..... ۳-۱-۴-۴. وضعیت قاعده نسبت به لاضرر
- ۷۰..... ۳-۱-۵. دلالت قاعده
- ۷۳..... ۳-۲. نقش قاعده عسر و حرج در تعدیل قرارداد
- ۷۷..... ۳-۳. کاربرد عسر و حرج در تعدیل قانونی
- ۷۸..... ۳-۳-۱. تعدیل توسط قاضی به دستور قانون
- ۷۸..... ۳-۳-۲. تعدیل مستقیم توسط قانون
- ۷۹..... ۳-۳-۱. قوانین مربوط به مدت قرارداد
- ۸۰..... ۳-۳-۲. قوانین مربوط به محتوای قرارداد

## فصل چهارم: قاعده حاکم بر تعدیل قضایی

- ۴-۱-۱. بررسی قاعده لاضرر در فقه..... ۹۲
- ۴-۱-۱-۱. مفهوم ضرر ..... ۹۲
- ۴-۱-۲. مدارک قاعده لاضرر..... ۹۳
- ۴-۱-۲-۱. کتاب ..... ۹۳
- ۴-۱-۲-۲. سنت ..... ۹۳
- ۴-۱-۲-۳. اجماع..... ۹۵
- ۴-۱-۲-۴. بناء عقلا ..... ۹۵
- ۴-۱-۳. مفاد قاعده ..... ۹۶
- ۴-۱-۳-۱. نظریه شیخ انصاری..... ۹۶
- ۴-۱-۳-۲. نظریه محقق خراسانی..... ۹۶
- ۴-۱-۳-۳. نظریه شیخ الشریعه اصفهانی..... ۹۶
- ۴-۱-۳-۴. نظریه ملا احمد نراقی ..... ۹۷
- ۴-۱-۳-۵. نظریه امام خمینی..... ۹۷
- ۴-۱-۳-۶. نظریه برخی از فقهای معاصر..... ۹۷
- ۴-۱-۴. قلمرو قاعده لاضرر ..... ۹۸
- ۴-۱-۴-۱. ضابطه شخصی بودن ضرر..... ۹۸
- ۴-۱-۴-۲. معیار قاعده لاضرر..... ۹۹
- ۴-۱-۴-۳. رابطه قاعده لاضرر با دیگر احکام..... ۱۰۰
- ۴-۱-۴-۳-۱. نظریه شیخ الشریعه اصفهانی..... ۱۰۰
- ۴-۱-۴-۳-۲. نظریه امام خمینی..... ۱۰۰
- ۴-۱-۴-۳-۳. نظریه مشهور فقها..... ۱۰۰

۱۰۱	۴-۴-۱. تزامم دو ضرر.....
۱۰۲	۴-۲. نقش اثباتی لاضرر.....
۱۰۶	۴-۳. نقش قاعده در تعديل قرارداد.....
۱۱۲	۴-۴. ضمانت اجرای قاعده لاضرر.....
۱۱۴	جمع بندی و نتیجه گیری کلی.....
۱۱۷	پیوست.....
۱۲۶	فهرست منابع.....



## مقدمه

اصل حاکمیت اراده که در قوانین کشورهای مختلف، با تعابیر گوناگون مورد شناسایی قرار گرفته است، به طرفین اجازه می‌دهد که بنای قرارداد را، با ویژگی‌های دلخواه خود که بتواند تمام خواسته‌های آنان را عملی سازد بسازند. اما این مسئله، چیزی از وظایف قانونگذار در پیش بینی نظامی عادلانه برای روابط قراردادی نمی‌کاهد. قانونگذار آگاه و روشن بین باید این ضرورت را درک کرده، در راستای آن گام بردارد. پس اگر طرف‌های قرارداد نیز قانونگذار خوبی برای رابطه قراردادی خویش نباشد و با سکوت خود در تعیین کامل سرنوشت عقد در شرایط گوناگون باعث انحراف آن از اهداف مورد نظر یا سوءاستفاده برخی متعاقدين گردند، این وظیفه قانونگذار است که عقد را از انحراف رها کند، به مسیر اصلی خود هدایت نماید. اما اگر طرفین قرارداد، به دلایل مختلف سرنوشت عقد را مبهم گذارده باشند و قانونگذار نیز، راهی برای حل مشکل نگشوده باشد، تکلیف چیست؟

در این صورت، چاره ای جز دخالت دادرس برای رفع عملی مشکل نخواهد ماند. تردیدی نیست که عدم وجود راهکار صریح در قانون، به معنای لاینحل بودن مشکل نیست. دادرس می‌تواند با استنباط از مواد مختلف قانونی و یا با استفاده از قواعد فقهی، ظاهر گنگ یا گمراه کننده عقد را فدای خواست واقعی متعاقدين و نظم عمومی نماید.

در میان قراردادهای موجود، «قراردادهای با اجرای طولانی مدت» یا «مستمر» را باید از جمله قراردادهای دانست که در سده اخیر و با پیشرفت اقتصادی و افزایش ضریب تأثیر عوامل خارجی در این نوع قراردادهای، با مشکلات اجرایی جدی مواجه و پرسش‌های تازه ای را مطرح ساخته‌اند. ویژگی عمده قراردادهای یاد شده آن است که بین زمان انعقاد قرارداد و تکمیل اجرایشان، فاصله زمانی زیادی وجود دارد. از سوی دیگر، شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد همیشه پایدار نمی‌ماند و بسیار دیده می‌شود که بروز حوادث پیش بینی نشده و غیر منتظره حین اجرای عقد باعث به هم خوردن تعادل و توازن اقتصادی می‌شود.

پرسش اصلی بحث، امکان و چگونگی متعادل ساختن نظم دگرگون شده قراردادی، با به‌کارگیری قواعد فقهی در حالت‌های یاد شده می‌باشد.

همچنان که از مطالب پیش گفته پیداست، به سه شیوه می‌توان چنین عقدی را از مشکل رهانید: طرفین قرارداد همیشه قادرند عقد را چنان منعقد سازند که در صورت تغییر اوضاع و احوال، از انعطاف لازم برخوردار بوده، بتواند خود را با شرایط جدید هماهنگ سازد؛ اگر طرفین به هنگام انعقاد قرارداد اقدام به پیش بینی شرایط استثنایی کرده، نحوه تغییر شرایط اولیه قرارداد برای متوازن شدن مجدد تعهدات را مورد پیش بینی قرارداد باشند، مفاد اولیه عقد در شرایط جدید، خود به خود تغییر خواهد یافت. این نوع تغییر در مفاد عقد را «تعدیل قراردادی» می‌نامند. اما گاه علیرغم آنکه طرفین پیش بینی خاصی برای تعدیل قرارداد ندارند، قانونگذار بنا بر مصالح اجتماعی و منافع عمومی، بازبینی در مفاد قرارداد را لازم دانسته، اقدام به پیش بینی آن در قانون می‌کند. این نوع تغییر در مفاد قرارداد، «تعدیل قانونی» نامیده می‌شود. اما نهایتاً ممکن است، نه طرفین قرارداد و نه قانونگذار، صریحاً تعدیل قرارداد را پیش بینی نکنند. در این صورت ممکن است دادرس با استفاده از قواعد مورد قبول یا با تفسیر اراده طرفین و ... اقدام به تجدید نظر در مفاد قرارداد نماید، امری که در آن تعبیر به «تعدیل قضایی» قرارداد می‌شود. تحقیق حاضر درصدد آن است که؛ قواعد فقهی که در سه نوع تعدیل یاد شده حاکمیت دارند را بررسی نماید.

این تحقیق در چهار فصل تنظیم شده است.

۱. فصل اول: کلیات

۲. فصل دوم: قاعده حاکم بر تعدیل قراردادی

۳. فصل سوم: قاعده حاکم بر تعدیل قانونی

۴. فصل چهارم: قاعده حاکم بر تعدیل قضایی

## طرح تحقیق



## ۱. بیان مسئله

اصل ثبات یا استحکام قراردادهای، امروزه در حقوق تعهدات به عنوان یک قاعده کلی و عمومی به رسمیت شناخته شده است. بی تردید اصل حاکمیت اراده و قاعده تبعیت عقد از قصد مشترک اقتضا می‌کند که مفاد تراضی همواره محترم و لازم الوفا باشد و هیچ یک از دو طرف نتواند از اجرای قرارداد و تعهدات سرباز زند؛ یا در قلمرو خواست مشترک تصرف کند و شرایط قرارداد را تغییر دهد.

با وجود این، اصل مزبور را نباید یک اصل مطلق و استثنا ناپذیر انگاشت؛ زیرا حقوق، عدم رعایت این اصل را در شرایط خاص مجاز دانسته و امتناع از اجرای قرارداد و یا تغییر مفاد آن را در موارد استثنایی پذیرفته است. برای مثال در قراردادهایی که اجرای آنها از نظر مادی یا قانونی غیر ممکن می‌شود اصل استواری معاملات دیگر اعتبار و نفوذ نخواهد داشت.

در قراردادهای دراز مدت، طرفین با در نظر گرفتن شرایط موجود در زمان تشکیل عقد وارد معامله می‌شوند در واقع بنای تراضی دو طرف بر حفظ و استمرار شرایط مذکور است. بنابراین هنگامی که این شرایط در اثر حوادث ناگهانی و پیش بینی نشده دچار دگرگونی و تحول اساسی می‌شود و به واسطه بر هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد، وفای به عهد برای متعهد تحمل ناپذیر می‌گردد به حکم عدالت و انصاف زیان دیده حق دارد تعدیل مفاد قرار داد یا فسخ آن را از دادگاه بخواهد. در این صورت تعدیل یا فسخ قرارداد که حکم استثنای و ثانوی قرارداد است جایگزین حکم طبیعی و اولی آن (لزوم وفا به عهد) می‌شود. برای توجیه تعدیل قرارداد، در این تحقیق به بررسی قواعدی که نقش اساسی تری دارند از جمله «قاعده شروط، قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر» بسنده می‌کنیم.

## ۲. اهمیت موضوع

اصولاً بحث از تعدیل قرارداد زمانی معنا دارد که تعادل و توازن میان تعهدات متقابل مخدوش شده باشد. طبیعی است که تصور چنین وضعیتی در قراردادی که میان انعقاد و تکمیل

اثر آن فاصله نباشد، بسیار بعید است، در حالی که قراردادهای مستمر، همیشه مواجهه با حوادثی هستند که می‌توانند تعادل تعهدات طرفین را مختل سازند. پس طبیعی است که هرگاه تعداد قراردادهای با اجرای طولانی مدت افزایش یابد، ضرورت بررسی تعدیل قرارداد نیز بیشتر شود. این در حالی است که امروزه بسیاری از قراردادهای مهم بین‌المللی یا ملی، همچون پروژه‌های بزرگ عمرانی و صنعتی و کشاورزی از این نوع عقودند و هرچه زمان می‌گذرد بر تعداد این قراردادها افزوده می‌شود؛ این در حالی است که با توجه به افزایش دخالت بیگانگان و تأثیرات عمیق تصمیم‌گیری‌های سیاسی و اقتصادی و ... آن‌ها از جمله آمریکا و تحریم‌های طولانی مدت این کشور علیه کشورمان، قراردادهای موضوع بحث آسیب پذیر تر بوده، در نتیجه، نیاز به بحث از بازبینی آن بیشتر احساس می‌شود.

آنچه بیان شد، حکایت از اهمیت بحث تعدیل قرارداد دارد تا با بررسی‌های دقیق، راه‌حلی یافته شود که ضمن سازگاری با مبانی فقهی و حقوقی کشور و رعایت مصالح قراردادی، بی‌عدالتی ناشی از اوضاع و احوال استثنایی خارجی را نیز از بین ببرد.

### ۳. سابقه تحقیق

برخی مباحث مطرح در تحقیق حاضر، همچون هر پژوهش دیگری، در نوشته‌هایی پراکنده و از زوایای گاه ناهمگون، مورد بحث و نقد قرار گرفته است. از جمله:

۱. «تعدیل قرارداد از دیدگاه حقوق ایران و فرانسه» با نگارش آقای سعید بیگدلی.

۲. «تعدیل قرارداد» با نگارش آقای محمد کاظم آبادی.

۳. «تعدیل قرارداد در حقوق ایران» با نگارش آقای حمید باقر زاده.

اما قواعد فقهی حاکم بر تعدیل قرارداد موضوع مطالعه ای مستقل قرار نگرفته است.

## ۴. روش تحقیق

این تحقیق به روش کتابخانه ای از طریق مراجعه به منابع کتابخانه و استفاده از نرم افزار های تحصیل فراهم شده است. شیوه گردآوری اطلاعات به صورت فیش برداری از منابع بوده است. پس از اتمام فیش برداری، داده‌ها را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و نتیجه کار، در قالب پایان نامه‌ی حاضر، تنظیم گردیده است.

## ۵. سؤالات تحقیق

۱. محدوده استثنائات قاعده لزوم تا کجاست؟

۲. آیا طرفین قرارداد می‌توانند از قاعده شروط استفاده کرده قرارداد فی ما بین خود را

تعدیل کنند؟

۳. چگونه مقنن و قاضی می‌توانند قرارداد های نا متعادل را متعادل کنند؟

## ۶. فرضیات

۱. قاعده لزوم قراردادها در حقوق و فقه ما مورد توجه زیادی است اما پذیرش (تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قراردادها) استثنائی بر این قاعده است.

۲. از آنجایی که قاعده شروط به وفای به تعهد تاکید می‌ورزد طرفین قرارداد می‌توانند با قرار دادن شرط تعدیل قرارداد به وفای آن پایبند باشند.

۳. هر چند با توجه به اصل الزام آور بودن قراردادها تعدیل قرارداد در کشور ما جایگاه چندانی ندارد اما به نظر می‌رسد مقنن و قاضی می‌تواند با تمسک به قواعد فقهی همچون قاعده عسر و حرج و قاعده لاضرر قرارداد را تعدیل نماید.



## فصل اول: کلیات



## ۱-۱. پیشینه تعدیل

تغییر و تحولاتی که در دو دهه اخیر در فعالیت‌های اقتصادی بشر روی داد ضرورت تعدیل قراردادهای را مطرح نمود است. بررسی‌های دقیق نشان می‌دهد که اندیشمندان یونان و روم باستان در مقابل مسئله وضعیت‌های پیش بینی نشده که مخالف خواسته اولیه متعاقبین است به اظهار نظر پرداخته و گاه تعدیل قرارداد را مورد حمایت قرار دادند. در یونان بر اساس آئینی، می‌توانستند قراردادهای در حال اجرا را با شرایط جدید ایجاد شده، هماهنگ سازند. به همین دلیل نیز آنان معاهدات صلحی را که با اقوام دیگر منعقد می‌نمودند فقط برای مدت معدودی بود تا در صورت بروز حوادث پیش بینی نشده، قابلیت تجدید نظر در آنها وجود داشته باشد.<sup>۱</sup> در روم قدیم نیز البته این مسایل مورد بحث بوده، مخالفین و طرفدارانی داشته است، اما می‌توان معتقد بود که رومیان نیز تمایل بر اجرای این نظریه داشته‌اند. این نظریه مدت‌ها فراموش شد بود تا آنکه دوباره در قرون وسطی توسط حقوق‌دانان کلیسایی،<sup>۲</sup> مطرح شد و از آنجایی که این نظریه از جهت مبنایی با اخلاق مورد نظر این دسته از حقوق‌دانان بسیار سنخیت داشت توسط آنان مورد حمایت قرار گرفت.<sup>۳</sup> طرح و پذیرش نظریه از سوی مکتب گرایان و متشرعین مسیحی و نفوذ و تأثیر مفسران این عصر از یک طرف و حائز اهمیت بودن حقوق روم در قرون وسطی از طرف دیگر، سبب شد که این نظریه بزودی در حقوق خصوصی کشورهای که تحت تأثیر حقوق روم بودند، پذیرفته شود و پس از تثبیت در این رشته، به قلمرو حقوق بین‌الملل نیز راه یابد. در قرن بیستم، آخرین تحول راجع به نظریه تعدیل، در کشور فرانسه صورت گرفت که بر اساس آن، نظریه مذکور از حقوق خصوصی به حقوق اداری انتقال یافت.<sup>۴</sup> تعدیل قرارداد در کشورهای همچون آلمان، سوئیس،

---

۱. حکمت، محمد علی، تأثیر تغییر اوضاع و احوال، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳، سال ۶۴، ص ۳۴.

۲. Les Canonistes

۳. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، نشر میزان، چاپ دوم، تهران، س ۱۳۸۸ ش، ص ۴۲.

۴. شفاهی، محمد رضا، بررسی تطبیقی اوضاع و احوال در قراردادهای، چاپ اول، انتشارات ققنوس، س ۱۳۷۶ ش، ص ۲۶.

ایتالیا، پرتغال، یونان، هلند، ژاپن و کشورهای عربی همچون امارات متحده عربی، کویت، بحرین، مصر مطرح است و سابقه طولانی دارد.

اما نگاهی به متون غنی فقهی بیانگر آن است که این نظریه دارای وجوه روشن اخلاقی است و با قرآن سازگاری کامل دارد. در فقه اعم از عامه و شیعه، جایگاه سنتی بحث حاضر در عقد (اجاره) است. گرچه رویه حاکم بر ارائه مباحث فقهی این‌گونه بوده که فقها، همیشه قواعد عام قراردادی را در عقد بیع مورد مطالعه و دقت نظر قرار می‌داده‌اند، اما در این مورد خاص، به علت اینکه تغییر اوضاع و احوال غالباً در قراردادهای با اجرای طولانی مدت امکان وقوعی داشته و مصداق سنتی چنین عقدی نیز اجاره بوده است، مباحث مربوطه غالباً در این بخش ارائه گردیده‌اند. اما در حقوق فعلی کشورمان سابقه تعدیل چندان طولانی نیست با بررسی اجمالی مقررات مشخص می‌گردد که از سال ۱۳۵۱ و پس از تصویب قانون برنامه و بودجه در خصوص اجرای طرح‌های عمرانی، شرط تعدیل در نظر گرفته شده است.

## ۱-۲. مفاهیم

در ابتدا جهت تبیین مفاهیم محوری بحث به بررسی لغوی و اصطلاحی آنها خواهیم پرداخت.

### ۱-۲-۱. قواعد فقهی

قواعد فقهی فرمول‌های بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدود تری می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند، بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرند.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر قواعد فقه نهادها و بنیان‌های کلی فقه هستند که با توجه به کلیات و شمول خود فقیه در موارد مختلف از آنها استفاده می‌کند.

---

<sup>۱</sup> محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ هشتم، تابستان ۱۳۸۰ ش، ج ۱، ص ۲۱.

خاستگاه قواعد فقه را باید قرآن، روایات، و بنای عقلا دانست. از این رو در کتبی که به این موضوع اختصاص یافته بر این نکته تاکید می‌شود که قواعد فقهی، نه به معنای اختراع و وضع قواعدی از سوی فقها بلکه به معنی کشف و گردآوری آن‌ها از لایه لای متون دینی اعم از قرآن و احادیث معصومین (علیه‌السلام) در قالب کلی خود است. این قواعد کمک می‌کند تا زندگی در جامعه‌ی ایمانی، آسان‌تر و روابط اجتماعی سامان بهتری یابد و داوری نسبت به مسائل زندگی و انتخاب راه درست برای بیشتر مردم امکان پذیر شود.<sup>۱</sup>

دانستن این قواعد برای توده‌های مردم مسلمان این امکان را فراهم می‌آورد تا بتوانند نسبت به حقوق و تکالیف خود آگاهی یافته و راهکارهای مناسبی را هنگام بروز مشکلات ارائه دهند.

جهت روشن شدن بیشتر مسئله نیاز به تبیین موضوع له واژه قاعده می‌باشد.

## ۱. معنای لغوی قاعده

قاعده که یکی از واژگان کلیدی این پایان نامه می‌باشد از ماده قَعَدَ، يَقَعِدُ و اسم مصدر قَعُوداً است که در قالب اسم فاعل از آن استفاده می‌شود که در لغت به معنای پایه و اساس خانه (اساس البیت) و چیزی که اجزاء یک ترکیب بر آن قرار می‌گیرد می‌باشد. چنانچه آیه‌ی «وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ»<sup>۲</sup> می‌تواند شاهد این معنا باشد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> . حسینی، حمید رضا، مقاله کنکاشی پیرامون مهمترین قواعد فقهی کاربردی، سایت سماوس.

<sup>۲</sup> . سوره بقره، (۲)، آیه ۱۲۷.

<sup>۳</sup> . ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، دار صادر، بیروت، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۶۱.

## ۲. معنای اصطلاحی قاعده

معنای قاعده در اصطلاح نیز عبارت است از امر کلی منطبق بر همه چیزهایی که احکامشان از طریق آن کلی شناخته می‌شود.<sup>۱</sup>

### ۱-۲-۲. نظریه فقهی

نظریه فقهی مجموعه‌ای از ارکان، شروط و احکامی است که وحدت موضوع حاکم بر همه آن عناصر، میان آن‌ها رابطه فقهی برقرار ساخته است.<sup>۲</sup>

### ۱-۲-۳. مسئله فقهی

هرگاه در احکام واقعی و ظاهری، موضوع حکم، امری خاص و معین باشد، مانند وجوب نماز و روزه، و یا صحت رهن و بیع آن حکم را مسئله فقهی می‌نامند.<sup>۳</sup>

### ۱-۲-۵. تعدیل

هر گاه در جهت برابر ساختن تعهدات طرفین در قرارداد، به هر طریق ممکن، شروط اولیه قرارداد یا مفاد مورد تراضی آنان مورد تغییر قرار گیرد، تعدیل صورت گرفته است.<sup>۴</sup>

### ۱. معنای لغوی تعدیل

«تعدیل» از مصدر «عدّل» در لغت به معنای برابر کردن چیزی با چیزی و راست کردن آن است.<sup>۵</sup> در فارسی امروزی، کاستن از شدت وحدت چیزی یا عملی است.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> . تهانوی، محمدعلی بن علی، کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، مکتبه لبنانی، بیروت، ۱۹۹۶ م، ج ۲، ص ۱۲۹۵.

<sup>۲</sup> . محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ج ۱، ص ۲۲.

<sup>۳</sup> . همان، ص ۲۶.

<sup>۴</sup> . بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۱۶.

<sup>۵</sup> . ابن منظور، علاوه ابی الفضل جمال‌الدین محمد بان مکرّم، لسان العرب، پیشین، ج ۱۵، ص ۴۷۳.

<sup>۶</sup> . دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، س ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۵۷ و ۵۹.

## ۲. معنای اصطلاحی تعدیل

تعدیل در اصطلاح فقها و حقوقدانان به دو شکل متفاوت به کار رفته است.

### ۱. تعدیل در اصطلاح فقها

تعدیل در اصطلاح فقها به دو معنی بکار گرفته شده است:

۱. به معنی تزکیه یعنی شهادت دادن به عدالت کسی

۲. به معنای تقسیم مال مشترک به سهام متساوی از حیث قیمت که «تعدیل سهام» هم

می‌نامیده می‌شود.<sup>۱</sup>

### ۲. تعدیل در اصطلاح حقوقدانان

«اصلاح قرارداد پیشین و تغییر در شرایط و اوصاف عوض یا معوض را تعدیل گویند. این تغییر، کاستن یا افزودن در مقدار آن دو را نیز شامل می‌گردد.»<sup>۲</sup> 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 می‌شود که تغییر موضوع در قالب‌هایی ماهیتاً متفاوت با تعدیل، رخ می‌دهد.

### ۱-۲-۶. تعدیل و تبدیل تعهد

تبدیل تعهد که یکی از علل سقوط تعهد به شمار آمده، عبارتند از این که تعهدی در نتیجه تغییر یکی از ارکان آن به تعهدی دیگر تبدیل شود، در این صورت تعهد اول ساقط و تعهد دیگری جایگزین آن می‌شود.<sup>۳</sup> تبدیل تعهد، بر اساس ماده ۲۹۲ قانون مدنی بر سه قسم است: یا به صورت

۱. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، بی‌جا، س ۱۳۶۹، ص ۲۷۰.

۲. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۱۶.

۳. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، (قواعد عمومی قراردادها)، نشر میزان، سال ۱۳۸۲ ش، ج ۲،

تبدیل دین یا تبدیل دائن و یا تبدیل مدیون. تبدیل دین نیز، خود به دو گونه تغییر موضوع تعهد یا تغییر سبب تعهد قابلیت وقوع دارد. همچنان که ملاحظه می‌شود، تبدیل تعهد در قسم اول خود (تبدیل دین)، آنگاه که موضوع آن «تغییر موضوع تعهد» باشد با تعدیل قرارداد مشابهت فراوانی دارد. اما با توجه به ویژگی‌های مشترکی که همه حقوقدانان برای «تبدیل تعهد» قائلند، می‌توان دو اختلاف عمده بین این دو نهاد قائل شد:

اولاً این که، در تعدیل قرارداد، چون هدف، قابل اجرا ساختن بدون مشقت و هزینه غیر متعارف تعهد است، بی آنکه موضوع عقد به طور اساسی تغییر یابد و ذات و جوهره آن دگرگون شود، فقط تغییری در میزان آن به وقوع می‌پیوندد که گاه با افزایش یا کاهش هزینه انجام عمل و گاه با کاهش تعهد یا افزایش تعهد مورد توافق است، اما در تبدیل تعهد، موضوع اساساً دگرگون شده، جوهر و ذات عقد تغییر می‌یابد. ثانیاً این که، در تبدیل تعهد، دو طرف باید قصد ایجاد تعهد جدید را داشته باشند حال آنکه در تعدیل قرارداد نه قصد طرفین و نه تغییرات حاصله ناظر بر ذات عقد نیست.

## ۱-۲-۷. تعدیل و تکمیل قرارداد

طبق ماده ۲۲۰ قانون مدنی، عقود، نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در عقد تصریح شده است ملزم می‌کند؛ بلکه متعاملین به کلیه نتایجی که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون، از عقد حاصل می‌شود هم ملزم هستند تبیین این نتایج به عهده نظام حقوقی است این امر (تبیین نتایج عرفی و قانونی عقد) را «تکمیل قرارداد» می‌نامند.<sup>۱</sup> فرق این مورد با تعدیل بسیار روشن است؛ زیرا تکمیل قرارداد در حقیقت نوعی تفسیر عقد شمرده می‌شود در حالی که تعدیل، نظری به تفسیر قرارداد نداشته، هدف آن اصلاح و ایجاد تغییر متناسب در عقد است.

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، شرکت انتشار، سال ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۴۷.

## ۱-۲-۸. تعدیل و تفسیر قرارداد

۱. تفسیر در لغت: به معنی توضیح دادن، پدید کردن، هویدا کردن می‌باشد.<sup>۱</sup>

۲. تفسیر قرارداد در اصطلاح: تعیین و تشخیص معنای حقیقی قرارداد و کشف قصد طرفین قرارداد در جایی که ابهامی در منطوق یا مفهوم قرارداد وجود دارد.<sup>۲</sup>

در بدو امر ممکن است این تصور ایجاد شود که میان تفسیر و تعدیل رابطه‌ای وجود ندارد؛ چون بحث تعدیل پس از روشن شدن مفاد قرارداد به وسیله تفسیر و تکمیل مطرح می‌شود؛ به عبارت دیگر، بعد از تعیین مضمون عقد است که به دلیل رخ دادن حوادثی که در زمان عقد وجود نداشته، توازن اقتصادی طرفین هم خورده و اجرای آن برای یک طرف دشوار گردیده و بحث تعدیل مطرح می‌شود. از طرف دیگر مسلم است که نمی‌توان با تفسیر، قرارداد را تغییر داد یا دگرگون ساخت. اما در بیشتر مواقع تفسیر قرارداد، راه را برای تعدیل قرارداد باز می‌کند، که البته در این حالت تعدیل به معنای اصطلاحی آن نیست، زیرا به طور معمول، در تعدیل توجهی به قصد دو طرف نمی‌شود و صرفاً بر اساس مقتضیات عدالت و قانون عمل می‌شود.<sup>۳</sup>

## ۱-۲-۹. اقسام تعدیل قرارداد

تعدیل قرارداد با توجه به نیروی اجرا کننده آن به سه دسته تقسیم می‌شود از جمله:

### ۱. تعدیل قراردادی

تعدیل قراردادی همان گونه که از نام آن بر می‌آید در مواردی مصداق می‌یابد که طرفین عقد به حکم توافق طرفینی به صورت شرط ضمنی یا صریح در عقد (شروط تعدیل کننده) یا حسب توافق بعدی اقدام به ایجاد موازنه و تعادل در تعهدات قراردادی می‌نمایند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> . معین، محمد، فرهنگ فارسی، بی جا، ج ۱، ص ۱۱۳.

<sup>۲</sup> . صاحبی، مهدی، تفسیر قرارداد در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، تهران، س ۱۳۷۶، ص ۲۲.

<sup>۳</sup> . قاسم زاده، مرتضی، جواز تفسیر در پوشش تعدیل و منع تعدیل در پوشش آن، مجله علوم انسانی، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۳.

<sup>۴</sup> . حیدری فرد، علی اکبر، تعدیل قرارداد توسط قاضی، چاپ اول، انتشارات فرامتین، س ۱۳۸۵، ص ۲۳.

## ۲. تعدیل قانونی

تعدیل قانونی در صورتی محقق می‌شود که قانونگذار در شرایطی در اثر دگرگونی‌های شرایط اقتصادی، عوض قرارداد را غیر منصفانه تشخیص دهد و خود مستقیماً مبادرت به تعیین میزان عوض کند، یا به یکی از طرفین حق دهد که میزان عوض را بالا ببرد یا تنزل دهد.<sup>۱</sup>

## ۳. تعدیل قضایی

ایجاد موازنه و تعادل تعهدات قراردادی توسط دادرس بدون تصریح و تعیین تکلیف مستقیم قانونی یا توافق طرفین در شرایطی که حوادث غیر قابل پیش بینی اجرای تعهدات قراردادی را برای یک طرف همراه با مشقت و ضرر شدید نموده است، با هدف اجرای عدالت و کمک به اجرای تعهدات قراردادی تعدیل قضایی گویند.<sup>۲</sup>

## ۱-۲-۱۰. قرارداد

قرارداد واژه ای است فارسی و در لغت به معنای قول، شرط، پیمان و قرار بستن به کار رفته است.<sup>۳</sup>

در اصطلاح حقوقی دو دیدگاه در مورد کاربرد این واژه وجود دارد.

۱. واژه قرارداد عامتر از عقد می‌باشد و شامل عقود معین و نامعین می‌باشد در حالی که عقد تنها عقود معین را در بر می‌گیرد.<sup>۴</sup>
۲. این دو واژه در حقوق به یک معنا به کار رفته‌اند و عقود معین و نامعین را در بر می‌گیرند.<sup>۵</sup>

---

۱. شیرینی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، بی‌جا، س ۱۳۸۳، ص ۳۹-۴۰.

۲. همان.

۳. واژه قرارداد از لحاظ ریشه شناسی، اسم مشتق (صفت مفعولی) است که از لفظ «قرار» به معنای ثبات و قرار ورزیدن، استواری و پایداری و همچنین عهد، شرط، قول و تاکید اشتقاق یافته است ماده قرار در زبان عربی نیز متداول است، ولی لفظ قرارداد یک واژه فارسی محسوب می‌شود و فقط در ادبیات فارسی به کار رفته است (ر. ک: لغت نامه دهخدا).

۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، چاپ نهم، س ۱۳۷۲، ص ۱۵۹.

۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، پیشین، ج ۱، ص ۱۱.

با در نظر گرفتن معنای لغوی و ریشه شناسی واژه قرارداد، به نظر می‌رسد که دیدگاه دوم ارجح‌تر باشد زیرا واژه قرارداد واژه ای کاملاً فارسی است و آن گروه از حقوقدانان که این واژه را اعم از عقد می‌دانند، هیچ توجیه دقیقی برای اثبات کلام خود ارائه نکرده‌اند.

### ۱-۲-۱۱. تعهد

تعهد از مشتقات عهد می‌باشد که به باب تفعل رفته است. واژه تعهد از اصطلاحات حقوق مدنی می‌باشد و در فقه جایگاه خاصی ندارد.<sup>۱</sup> برای این واژه در متون قانونی سه معنا وجود دارد که به معانی لغوی و اصطلاحی عهد نزدیک می‌باشد:

#### ۱. پذیرش عهد و قرارداد یا پیمان

ماده ۱۸۳ قانون مدنی: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری را بنمایند و مورد قبول آنها باشد.

#### ۲. مسئولیت حاصله از یک قرارداد

ماده ۲۲۱ قانون مدنی: «اگر کسی تعهد اقدام بر انجام امری را بکند یا تعهد کند که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسؤل خسارت طرف مقابل است. مشروط بر این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون، موجب ضمان باشد».

#### ۳. التزام بر انجام یا ترک عمل

ماده ۶۷۴ قانون مدنی: موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود انجام کرده است، انجام دهد.

---

۱. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ اول، س ۱۳۸۸، ص ۶۷.

## ۱-۲-۱۲. عقد

عقد در کتب لغت به چهار معنا به کار رفته است:

۱. عهد و یمین<sup>۱</sup>.

۲. جمع کردن اطراف دو چیز، به گونه ای که انفصال و جدایی بین دو چیز سخت باشد.<sup>۲</sup>

۳. محکم کردن، مانند عَقَدَ الحبل: شَدَّه.<sup>۳</sup>

۴. غلظت و شدت، مانند عَقَدَ العسل: غَلَّظَ<sup>۴</sup>

در اصطلاح فقها و حقوقدانان نیز عقد عبارتند از:

۱. التزام مرتبط با التزام دیگر به شرط اظهار کردن هر دو الزام.<sup>۵</sup>

۲. مجموع ایجاب و قبول و ارتباط مخصوص.<sup>۶</sup>

۳. یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر انجام امری نمایند و مورد قبول

آن‌ها باشد.<sup>۷</sup>

از میان تعاریف ارائه شده، تعریف قانون مدنی جامع به نظر نمی‌رسد زیرا شامل عقود

تملیکی نمی‌شود و فقط عقود عهدی را در بر می‌گیرد.

## ۱-۲-۱۳. معامله

معامله دارای سه معنی خیلی اعم، اعم و اخص می‌باشد. در معنای خیلی اعم، که در فقه

در برابر عبادات به کار می‌رود، به هر عمل حقوقی غیر عبادی اطلاق می‌شود، خواه آن عمل

---

۱. فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، نشر اسوه، تهران، ۱۴۱۴ ق، ج ۱، ص ۲۵.

۲. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، دارالکتب العلمیه، بی جا، ۱۳۹۸ ه. ق، جزء اول، ص ۸۲.

۳. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، انتشارات موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع)، ج ۱، ص ۳۸۱.

۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، تاج اللغة و صحاح العربیه، انتشارات دار العلم، بیروت، چاپ اول، س ۱۴۰۴ ه. ق، ج ۲، ص ۵۱۰.

۵. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، مطبعة العلمیه، س ۱۴۱۸ ه. ق، ج ۴، ص ۲۵.

۶. شیروانی، علی، فرهنگ اصطلاحات لمعه (ضمیمه به جلد دوم دمشقیه)، ص ۳۸۸.

۷. قانون مدنی، ماده ۱۸۳.

حقوقی یک طرفه باشد یا دو یا چند نفره. در معنای اعم، معامله مترادف عقد و قرارداد است و همه اعمال حقوقی دو طرفه و چند طرفه را در برمی گیرد. در معنی اخص، به عقود و قراردادهای مالی معامله می گویند.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup>. شیری، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ پنجم، س ۱۳۸۵، ص ۴۱.



## فصل دوم

### قاعده حاکم بر تعدیل قراردادی



قرارداد، قانون خود ساخته متعاقدين است و چنانچه با مقررات امری قانونگذار متعارض نباشد، لازم‌الاجرا است. گذشته از علت توجیه گر نیروی الزام آور عقد که گاه به مصالح گوناگون اجتماعی و گاه به اراده قانونگذار یا حاکمیت اراده متعاقدين نسبت داده شده است،<sup>۱</sup> امروزه تردیدی در پذیرش این امر به عنوان یکی از آثار اجتناب ناپذیر عقد وجود ندارد. بر همین اساس نیز ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

ضرورت پایبندی به عهد و پیمان قراردادی حائز چنان اهمیتی است که حتی در صورت پیش بینی وجه التزام که اصولاً مقصود ثانویه طرفین عقد و جهت اجرای تعهد اصلی مورد پیش بینی قرار می‌گیرد نیز، قانونگذار ایران، دخالت قاضی را جهت عادلانه ساختن مبلغ آن، ممنوع می‌سازد:

«اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم نماید».<sup>۲</sup>

از سوی دیگر، در صورت بروز اوضاع و احوال جدید در زمان اجرای قرارداد، که انجام تعهد یکی از طرفین را گزافتر از حد معمول سازد، هرچند چنین قراردادهایی در سطح وسیعی منعقد گردیده و مشکل قابل توجهی برای طیف عظیمی از مردم به وجود آورده باشد، نهادهای عمومی نمی‌توانند طرفین را به انجام مذاکره مجدد مجبور سازند.

از همین روست که پیش بینی امکان بازبینی یا تغییر مفاد قرارداد، در عقود با اجرای طولانی مدت دارای اهمیت فراوانی است. بر همین اساس، طرفین قرارداد اقدام به وضع شروط گوناگونی می‌کنند که برخی به طور قهری تعهدات قراردادی را با اوضاع و احوال جدید منطبق می‌سازند و برخی دیگر به کمک اقدامات مکمل چنین اثری به بار می‌آورند.

<sup>۱</sup> . weil(Alex),Terre(Francois),droit civil,Introduction general,4edition ,Dalloz,1979, P.150 et s.

<sup>۲</sup> . قانون مدنی، ماده ۲۳۰.

## ۲-۱. بررسی قاعده شروط در فقه

وفای به عهد ساده‌ترین و در عین حال طبیعی‌ترین راهی است که متعهد می‌تواند بدان وسیله ذمه خود را از دینی که بر عهده دارد آزاد کند، یعنی در حقیقت به وسیله وفای به عهد طرفین قرارداد عقد را در مسیری به پایان برده‌اند که در آغاز انتظار داشته‌اند.

همه مکاتب حقوقی بر وفای به عهد در عقود و معاملات تأکید دارند. مکتب حقوقی اسلام نیز در آیات و روایات متعددی به این امر مهم فرمان داده است. از جمله دلائلی که بر مشروعیت وفای به عهد مورد استناد قرار می‌گیرد، روایتی است که از حضرت محمد (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل شده که فرمودند: «الْمُؤْمِنُونَ (الْمُسْلِمُونَ) عِنْدَ شُرُوطِهِمْ». فقها این روایت را عیناً به عنوان یک قاعده فقهی مسلم مطرح نموده و در ابواب مختلف فقه به ویژه در معاملات آن را مورد استناد قرار داده‌اند. مقصود از قاعده مزبور این است که هر مسلمان و مؤمنی باید نسبت به تعهدات خود ثابت و استوار باشد یعنی اگر در برابر کسی متعهد به انجام عملی شده، واجب است که به تعهد خود عمل کند. از جمله این تعهدات می‌تواند شرط تعدیل قرارداد باشد که طرفین قرارداد باید خود را ملزم به وفای آن کنند که در ادامه در مورد این مبحث بیشتر توضیح می‌دهیم.

## ۲-۱-۱. مفهوم شرط

شرط واژه ای عربی است که جمع آن شروط می‌باشد.<sup>۱</sup> شرط گاهی با سکون «را» خوانده می‌شود و گاهی با حرکت «را» یعنی شَرَطَ به معنای علامت که جمع آن اَشْرَاطُ می‌باشد. آنچه در مبحث معاملات مد نظر فقها بوده است شرط با سکون «را» می‌باشد.

---

۱. الزبیدی، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسینی، أبو الفیض، الملقب بمرتضی، تاج العروس، دار الهدایة، بی جا، بی تا، ج ۱، ص ۴۸۹۱.

۲. أبو الحسین أحمد بن فارس بن زکریا، مقاییس اللغة، دار الفکر، بی جا، ۱۹۷۹ م، ج ۳، ص ۲۰۱.

## ۱. معنای لغوی شرط

شرط در لغت به معنای علامت<sup>۱</sup>، عهد، پیمان و تعلیق چیزی بر چیز دیگر را گویند<sup>۲</sup> و همچنین در معنای شرط آمده الزام و التزام به چیزی در عقد بیع و مانند آن است.<sup>۳</sup>

شرط دو کاربرد اسمی و مصدری هم دارد: در استعمال اسمی به معنی عهد و پیمان و در کاربرد مصدری به معنی گرو بستن، لازم گردانیدن، لازم گرفتن چیزی را در بیع و امثال آن به کار می‌رود.<sup>۴</sup>

## ۲. معنای اصطلاحی شرط

اما شرط دو استعمال اصطلاحی نیز نزد نحوی‌ها و اصولی‌ها دارد:

در علم نحو، واژه شرط در معنای گزاره ای است که پس از ادات شرط می‌آید.<sup>۵</sup>

در علم اصول، آنچه از عدم آن عدم چیز دیگر لازم می‌آید اعم از اینکه از وجود آن وجود چیز دیگری لازم بیاید یا خیر را شرط آن چیز می‌نامند.<sup>۶</sup>

### ۲-۱-۲. مستندات قاعده

در مورد قاعده شروط می‌توان به مستندات محکمی از جمله آیات، روایات، و عقل اشاره نمود.

<sup>۱</sup> راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، مکتبه ابوذری جمهوری. بی تا، ص ۲۵۸.

<sup>۲</sup> تهانوی، محمدعلی بن علی، کشاف اصطلاحات الفنون، پیشین، ص ۷۵۳.

<sup>۳</sup> فیروز آبادی، مجدالدین محمد ابن یعقوب، القاموس المحیط، پیشین، ج ۲، ص ۳۸۶.

<sup>۴</sup> شیخ انصاری، مرتضی بن محمد، مکاسب، چاپ دوم، کتابخانه اطلاعات تبریز، ۱۳۷۵ ه. ق، ص ۲۷۵.

<sup>۵</sup> محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ص ۳۵.

<sup>۶</sup> فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، پیشین، ص ۱۱۴.

## ۲-۱-۲-۱. آیات

### ۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...»

در آغاز استدلال به آیه فوق به بیان الفاظ و مفردات آیه می‌پردازیم. زیرا فهم دقیق آیه و تعیین قلمرو آن وابسته به تفسیری است که از واژه‌های «وفوا» و «العقود» به عمل می‌آید: «أَوْفُوا» به لحاظ ماده به معنای «تمام کردن»، «کامل کردن» و «به آخر رساندن» است و منظور از آن در این جا عمل به مقتضای عقد است،<sup>۲</sup> به طور مثال هر گاه کسی با دیگری قراردادی را منعقد می‌کند باید به کلیه تعهداتی که در قرارداد در برابر طرف دیگر متعهد شده است، پایبند باشد. بنابراین معنای آیه اینست که باید به مقتضا و لوازم عقود و قراردادهای پایبند بود. از لحاظ هیأت نیز، اوفوا صیغه امر است و همان طور که در علم اصول ثابت شده است، امر به دلیل عقل یا اطلاق و مقدمات حکمت یا به سبب وضع، ظهور در وجوب دارد<sup>۳</sup> و وجوب در این آیه از نوع وجوب ارشادی است. زیرا اگر مولوی باشد، باید فسخ عقد توسط یکی از طرفین حرام باشد در حالی که می‌دانیم، این حکم واضح البطلان است.<sup>۴</sup>

همین دو بحث در مورد کلمه «العقود» نیز وجود دارد: اول از نظر معنای لغوی و دیگر از لحاظ هیأت عقد.

به لحاظ معنای لغوی، عقود جمع عقد است که به معنای جمع کردن بین دو چیز آمده است؛<sup>۵</sup> و از لحاظ هیأت نیز این کلمه با داشتن الف و لام جنس دلالت بر عموم می‌کند و حکم «اوفوا بالعقود» به نحو عام استغراقی شامل تمامی عقود، اعم از با نام و معین و متداول در زمان شارع، و عقود بی نام و نو پا و جدید و حتی عقودی که بعداً توسط عقلاء ابداع می‌شوند نیز

۱. سوره مائده، (۶)، آیه ۱.

۲. نراقی، ملا احمد، عواید ایام، چاپ تهران، ۱۳۴۵ ه. ق، ص ۳.

۳. خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق، ج ۱، ص ۹۲.

۴. خوبی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، انتشارات مطبعة الحیدریه، نجف، س ۱۳۷۴ ه. ق، ج ۳، ص ۹۵.

۵. ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، پیشین، ج ۳، ص ۲۹۶.

می‌گردد؛ لذا این آیه هر آنچه را که از نظر عرف بر آن عقد اطلاق شود، در بر می‌گیرد؛<sup>۱</sup> و به لزوم وفای به آن حکم می‌کند.

با توجه به معنای «وفا» و «عقد» در این آیه شریفه و وضع الف و لام برای جنس و ظهور وضعی جمع همراه با الف و لام در عموم و نبودن قرینه لفظی بر انصراف عموم آیه به عهود و عقود خاص، کشف می‌شود که این آیه شامل تمامی افراد موضوع عقد می‌شود. از این رو می‌توان گفت: همه‌ی پیمان‌هایی را که مردم برای ایجاد آثار حقوقی مورد نظر، منعقد می‌کنند، مشمول عموم «العقود» و محکوم به حکم «اوفو» خواهند بود، فقط کافی است که این توافق آن‌ها در عرف، قرارداد و عقد نامیده شود و با احکام شریعت مخالفتی نداشته باشد.<sup>۲</sup>

اگرچه شیخ انصاری معتقد است که این آیه درصدد بیان حکم تکلیفی می‌باشد و حکم وضعی جدا از حکم تکلیفی است، اما پس از ایشان اکثر فقیهان معتقدند که منظور آیه بیان حکم وضعی و به تعبیری دیگر، هدف آیه بیان نفوذ و لزوم عقود و شروط است.<sup>۳</sup>

۲. «وَالْمُؤْمِنُونَ بَعْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ...»<sup>۴</sup>

در سوره مؤمنون خداوند به بیان صفات مؤمنان می‌پردازد و پنجمین صفت را وفا کردن به عهد و پیمان برمی‌شمارد. چرا که سرمایه زندگی اجتماعی و از جمله گناهای که رشته این اطمینان و اعتماد را از بین می‌برد ترک وفای به عهد است.

عهد در این آیه به معنای پیمان و سوگند<sup>۵</sup> است از آن جایی که به ضمیر جمع اضافه شده است افاده عموم می‌کند و شامل تمام پیمان‌های بین بندگان و خداوند و قراردادهای بین مردم می‌شود.

۱. خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، پیشین، ج ۱، ص ۲۵۵ و ۲۵۸.

۲. حائری، مسعود، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، مؤسسه کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳ ش، ص ۱۷۱.

۳. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، پیشین، ج ۲، ص ۱۴۲.

۴. سوره بقره، (۲)، آیه ۱۷۷.

۵. الجوهری، اسماعیل بن حماد، تاج اللغة و صحاح العربیه، پیشین، ج ۲، ص ۲؛ الزبیدی، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسینی، أبو الفیض، الملقب به مرتضی، تاج العروس، دار الهدایه، بی جا، بی تا، ج ۱، ص ۲۱۵۴.

جمله «وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ» بدون هیچ قید و شرطی آمده است و محدود به هیچ نوع خاصی از پیمان نشده است.

«عاهدوا» فعل ماضی از باب مفاعله است که و بر طرفینی بودن دلالت دارد که این ویژگی در پیمان‌های بین مردم نسبت به پیمان‌های بندگان با خداوند نمود بیشتر دارد. با توجه به معنایی کلمه عهد و اطلاق آن در این آیه و کلمه عاهدوا که بر طرفینی بودن عمل به عهد و پیمان دلالت دارد بایستی گفت؛ که این آیه تمامی عقود و پیمان‌هایی که مردم بین خود منعقد می‌کنند را، در بر می‌گیرد.

### ۳. «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانِ مَسْئُولًا»<sup>۱</sup>

این آیه و آیات قبل که بررسی شد در واقع ارشاد به حکم عقل است؛ بدین معنی که انسان در برابر آن چه که بدان ملتزم شود، مسئول است خواه این عهد به صورت فطری باشد مانند شکر گذاری در برابر نعمت‌های خداوند و خواه به اراده خود به انجام آن اقدام کرده باشد مانند التزام به مورد خرید و فروش.<sup>۲</sup>

کلمه (أَوْفُوا) امر و برای وجوب است. پس مخالفت با آن، یعنی وفا نکردن به عهد و پیمان ترک واجب و حرام خواهد بود.<sup>۳</sup>

همان طور که گفته شد عهد در لغت به معنای سوگند و پیمان می‌باشد<sup>۴</sup> و از آنجایی که دارای ال و لام جنس می‌باشد بر عموم دلالت دارد.

«أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» این جمله مورد بحث به نحوی عمومیت دارد که شامل هر نوع عهد و پیمانی می‌شود. چه عهد و پیمان تکوینی، و چه تشریحی، و چه عهد و پیمان با خالق، و چه با مخلوق.<sup>۵</sup> پس بنابراین عام در این آیه عام استغراقی می‌باشد که کلیه عهود و پیمان‌ها را شامل می‌شود.

<sup>۱</sup> .سوره اسراء، آیه ۳۴.

<sup>۲</sup> .حسینی همدانی، سید محمد حسین، انوار درخشان، انتشارات کتابفروشی لطفی، تهران، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۰، ص ۶۰.

<sup>۳</sup> .نجفی خمینی، محمد جواد، تفسیر آسان، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۹۸ ق، ج ۱۰، ص ۳۹.

<sup>۴</sup> .الجوهری، اسماعیل بن حماد، تاج اللغة و صحاح العربیه، پیشین، ج ۲، ص ۲. الزبیدی، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسینی، أبو الفیض. الملقّب بمرتضی، تاج العروس، پیشین، ج ۱، ص ۲۱۵۴.

<sup>۵</sup> .نجفی خمینی، محمد جواد، تفسیر آسان، پیشین، ج ۱۰، ص ۳۹.

«مسئولا» در اینجا به معنای «مسئول عنه» است، و این از باب حذف و ایصالی است که در کلام عرب جایز شمرده شده است؛ یعنی از آن بازخواست می‌شوید، و چون عین عهد و پیمان قابل سؤال و جواب نیستند و نمی‌توان گفت: مسئولیتی دارند پس معلوم می‌شود: این مسئولیت متوجه آن کسی است که عهد و پیمان خود را می‌شکند. یعنی راجع به عهد و پیمانی که نقض شوند از صاحب آن‌ها سؤال خواهد شد. بعضی هم گفته‌اند منظور این است که از خود «عهد» می‌پرسند که فلانی با تو چه معامله‌ای کرد.<sup>۱</sup>

این آیه از دو جهت بر وجوب عهد دلالت دارد یکی از صیغه امر (أَوْفُوا) زیرا که امر برای وجوب است، دوم بازخواست شدن به خاطر عهد زیرا سؤال از غیر حرام و واجب نمی‌باشد پس باید وفای به عهد واجب باشد.<sup>۲</sup>

مدلول تمامی آیاتی که بیان شد بر لزوم وفا به عهد و پیمان‌های مستقل بین مردم دلالت.

## ۲-۱-۲-۲. سنّت

اخبار و روایات متعددی مضمون «الْمُؤْمِنُونَ (الْمُسْلِمُونَ) عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» را نقل کرده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف. عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه‌السلام) نقل کرده است که فرمودند: هر کس مخالف کتاب خدا شرط کند، مجاز نیست که انجام دادن آن را بخواهد و کسی که به آن ملتزم شده نیز لازم نیست به آن وفا کند. مسلمانان تا زمانی ملزم به وفای به شروط هستند که آن شروط موافق کتاب خدا باشد.<sup>۳</sup>

---

۱. طبرسی، ابو علی فضل بن حسن، مجمع البیان، انتشارات دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۰۶ ق، ج ۶، ص ۱۱۴.  
۲. شریف لاهیجی، محمد بن علی، تفسیر لاهیجی، انتشارات دفتر نشر داد، تهران، ۱۳۷۳ ش، ج ۲، ص ۷۹۷.  
۳. حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، انتشارات دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱۲، ص ۳۵۳.

ب. مرسله جمیل از امام باقر، یا امام صادق (علیه‌السلام) درباره مردی که جاریه ای خرید و با اهل او شرط کرد که نه او را بفروشد و نه هبه کند، حضرت فرمودند: «یفی بذالک اذا شرط لهم الا المیراث»<sup>۱</sup>.

ج. موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق (علیه‌السلام) که در آن، امام از پدرشان نقل کرده‌اند، علی (علیه‌السلام) فرموده‌اند: هر کس برای زوجه‌اش شرطی کند باید به آن وفا کند، زیرا «المسلمون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالاً او احل حراماً»<sup>۲</sup>.

د. روایت علی بن رثاب از موسی بن جعفر (علیه‌السلام) که در آن امام به عبارت «المسلمون عند شروطهم» اشاره کرده است.<sup>۳</sup>

## ۲-۱-۲-۳. اجماع

فقها در ادوار گوناگون به وجوب وفا به شروط صحیحی که در ضمن عقد لازم قید شوند، اجماع دارند. اما برخی در مناقشه به این دلیل، به مدرکی بودن آن اشاره کرده و گفته‌اند ادعای اجماع با وجود روایاتی که در این زمینه، وارد شده تمام نیست؛ زیرا روشن است که مدرک همه، همین روایات است. اشکال دیگر این که، مورد این اجماع بر فرض ثبوت آن، شروطی است که ضمن عقود لازم، بیاید حال آن که مقصود و مدعا، اثبات وجوب وفا به شروط است، اعم از شروط ضمن عقد و شروطی که بیرون از عقد، مورد تبانی قرار می‌گیرند و سپس عقد را، با توجه به آن‌ها، جاری می‌سازند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> حر عاملی، محمد بن حسن، کتاب نکاح، باب ۴۰، ح ۳.

<sup>۲</sup> همان، پیشین، ج ۱۲، ص ۳۵۳.

<sup>۳</sup> همان، ج ۱۵، ص ۴۹.

<sup>۴</sup> . بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، نشر الهادی، قم، سال ۱۴۱۹ ه. ق، ج ۳، ص ۲۲۱.

## ۲-۱-۲-۴. بنای عقلاء

معاملات بر مبنای تعهد و اختراع وضع نشده و از امور تأسیسی نیستند بلکه از امور امضایی‌اند، یعنی در بین مردم رایج بوده و شارع مقدس آن‌ها را امضاء نموده است؛ و چنانچه نوع خاصی از آن معاملات مورد رضای شارع مقدس نبود قانونگذار از امضای آن معاملات استنکاف ورزیده و آن دلیل را منع می‌نمود؛ لذا همان‌گونه که شیوع انواع معاملات در بین مردم خود دلیل بر حجیت آن معاملات می‌باشد مگر آنکه شارع مقدس صریحاً آن را منع نموده باشد در مورد شروط نیز همین گونه است چرا که ما می‌بینیم این شروط را در معاملات خویش می‌آورند و بدان عمل می‌نمایند لذا از همین شیوع در بین مردم حکم به حجیت آن می‌نماییم. چرا که اگر شارع مقدس مخالف این نوع معاملات بود، حتماً از آن ممانعت به عمل می‌آورد؛ زیرا که این معاملات زیاد مورد ابتلای مردم بوده اگر پیامبر اکرم (صلی الله علیه و واله و سلم) مردم را از اقدام به این گونه شروط در معاملات نفی می‌نمود حتماً این مطلب در بین مردم مشهور می‌شد و به حد تواتر می‌رسید در حالی که نه تنها چنین نشد و ردع و منعی از جانب پیامبر صورت نگرفت بر عکس در تأیید این شروط روایات بی شماری به ما رسیده است پس معلوم می‌شود این شروط واجب الوفا می‌باشند.<sup>۱</sup>

## ۲-۱-۳. مفاد قاعده

جمله «الْمُؤْمِنُونَ (الْمُسْلِمُونَ) عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» اگر چه یک جمله خبری است، ولی در حقیقت انشای حکم است؛ زیرا شأن قانونگذار بیان قوانین و مقررات است. یعنی حکم می‌کند به ثبوت و استواری همه مؤمنان نسبت به شروطی که قرار داده‌اند. به گفته علمای اصول جمله اخباری در مقام انشای حکم با تأکید بیشتری حکم را انشاء می‌کند.<sup>۲</sup> بدین ترتیب مفاد جمله انشای حکم به لزوم ثبوت مؤمنان نزد همه شروطشان می‌باشد.

<sup>۱</sup> موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم ۱۳۶۸ ه. ش، ج ۵، ص ۲۰۹.

<sup>۲</sup> خراسانی (اخواند)، محمد کاظم بن حسین، کفایة الاصول، پیشین، ص ۷۱.

واضح است که مراد از ثبوت مؤمنان نزد شروطشان این است که، شروط بر مؤمنان ثابت می‌شود و بر عهده آنان قرار می‌گیرد و از عهده خارج نمی‌شود جزء به وفای به آن شروط؛ شبیه باب ضمان که عین مال یا مثل آن بر عهده ضامن اعتبار می‌شود و از عهده او برداشته نمی‌شود مگر با ادا یا گذشت صاحب حق. همین طور است، شرطی که مشروط علیه پذیرفته است بر عهده او برای مشروط له حقی اعتبار می‌شود و ثبوت وضعی پیدا می‌کند که از آن به حکم وضعی لزوم شرط تعبیر می‌شود.

بعضی از فقها با عقیده شیخ انصاری که معتقد بود، مفاد جمله، حکم تکلیفی است به مخالفت پرداخته و معتقدند، استنباط حکم تکلیفی در مورد وفای به شرط صحیح نیست؛ زیرا اگر وفا واجب است، تخلف از آن باید مطلقاً یک عمل حرام باشد، خواه مشروط له بخواهد و خواه اسقاط کند؛ درحالی که چنین نیست و در فرض اسقاط مشروط له، تخلف مجاز است. بنابراین، جمله مزبور بیانگر حکم وضعی است که مفاد آن نفوذ و لزوم شرط و در نتیجه ایجاد حق برای مشروط له است.<sup>۱</sup>

## ۲-۱-۴. اصل حاکم بر شروط

از اصول و قواعد عمومی که در معاملات مورد تمسک فقها و حقوقدانان قرار گرفته است «اصل صحت قراردادها» است. به موجب این اصل، در مقام تردید در صحت به صحت یا فساد عقدی، باید اصل را بر صحت آن گذاشت، مگر خلاف آن ثابت شود. در مورد صحت شروط نیز دو نظریه مطرح است.

۱. نظریه حصری بودن شروط یا توقیفی بودن معاملات، مانند عبادات.
۲. نظریه عدم حصری بودن شروط یا اصل آزادی قراردادها.

<sup>۱</sup> خوانساری نجفی، موسی بن محمد، منیة الطالب، مطبعة المرتضویة، نجف، سال ۱۳۵۷ ه. ق، ج ۲، ص ۱۳۱.  
طباطبایی حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، مکتبه مرعشی نجفی، ۱۴۴۰ ه. ق، ج ۱۲، ص ۲۶۸.

بنا بر نظریه اول، شرطها و قراردادهای جدید، که جامعه نیازمند آنها است، باید در چارچوب عقود معین، قرار گیرند و عقودی که در قالب عقود معهود فقهی نگنجد، باطل خواهد بود. اکثریت قریب به اتفاق دانشمندان متقدم به توقیفی بودن معاملات معتقد بوده و قائل شده‌اند، فقط معاملات و معاوضاتی که شرع آنها را معین کرده رسمیت دارند و دیگر صورت‌های معامله باطل می‌باشند.<sup>۱</sup>

سابقه این بحث در میان فقهای متقدم روشن نیست؛ زیرا در گذشته، نیازهای جوامع معمولاً یکسان و ثابت بوده و عقود و قراردادهای جدید، کمتر اتفاق می‌افتاده است و ایشان کمتر با عقود جدید و مستحدث روبه رو می‌شده‌اند تا درباره‌ی نیازهای نو در قلمرو عقود اظهار نظر کنند. به نظر می‌رسد، مناقشات و اشکالات این گروه بر یک محور عمده و اساسی استوار است؛ و آن این است که از نظر این گروه از فقها، قراردادی صحیح و لازم الوفاست که شارع مقدس حکم صحت آن را بیان کرده باشد، نظیر ضمان و بیع و قرض و اطلاقات و عمومات کتاب و سنت، نظیر «وفوا بالعقود» نیز منصرف به عقود معهود و متداول در زمان صدور آن است؛ و واقع امر شارع تأکیدی بر وفای به همان قراردادها است.<sup>۲</sup>

برعکس فقهای گروه اول، گروه دیگری از فقها در نظریه اصل آزادی قراردادها یا همان غیر حصری بودن عقود، عقود را منحصر به قالب‌های گذشته نمی‌دانند، بلکه تاسیس هر نوع قرارداد حقوقی که پشتوانه عقلایی داشته باشد، صحیح می‌باشد.

بر درستی این نظریه استدلال‌هایی گوناگونی انجام شده است، که می‌توان به موارد ذیل

اشاره کرد:

۱. نیاز عرفی: معاملات و قراردادها بر حسب نیاز و ضرورت‌های زندگی اجتماعی انسان شکل می‌گیرند. همان گونه که شارع مقدس، در گذشته، عقد و معامله ای را تاسیس نکرده و مردم را به عقد خاصی فرا نخوانده است، بنای شارع نبوده است که در آینده نیز معامله ای را تاسیس کند.

---

۱. به نقل از: میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، انتشارات کیهان، تهران، س ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۶۳.  
۲. حائری، مسعود، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، پیشین، ص ۱۵۱.

نیازهای عرفی، بنیاد پیدایش عقود و مقررات آنها را تشکیل می‌دهند. شارع هیچ گاه در مورد عقود جدید منع کلی نکرده است. در واقع، عقود ماهیت‌هایی اعتباری هستند که قبل از زمان شارع میان انسان‌ها متداول بوده و شارع نیز همان ماهیت‌های عرفی را امضاء نموده است و در جایی مانند معامله ربوی که شارع نظر بر منع بر عقود عرفی داشته است، صریحاً بیان کرده است. در تأیید این دلیل می‌توان به کلام مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی استشهد کرد. ایشان ملاک صحت عقد را عقلایی بودن آن می‌داند و می‌گوید: اعتبار عقود عقلایی نیاز به دلیل خاص شرعی ندارد، بلکه فساد معامله، به دلیل شرعی نیاز دارد؛ یعنی اصل این است که عقود عقلایی، صحیح‌اند.<sup>۱</sup>

۲. سیره ی عرفی و سیره ی مسلمانان در مورد معاملات: عملکرد مسلمانان کاشف از این مبنا است که عرف، مورد عمل آنها بوده است و به همی قراردادهای ترتیب اثر می‌دادند و تنها در صورتی از قراردادهای عرفی دست می‌کشیدند که با منع یا نهی شرعی رو به رو می‌شدند. این رویه‌ی عرفی از گذشته، هم چنان ادامه داشته و رد و منعی درباره‌ی این رویه به ما نرسیده است؛ و اگر این نوع قراردادهای مقبول پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) و معصومین (علیه‌السلام) نبود، ناگزیر صریحاً اعلام می‌شد و بدون تردید، عدم اعلام رسمی در مورد سیره ی عرفی مردم به معنای تقریر و امضای احکام و قواعد مزبور است.<sup>۲</sup>

مهمترین دلیلی که برای اثبات نظریه غیر حصری بودن عقود می‌توان به آن تمسک کرد، همان ادله لفظی، مانند آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ»؛<sup>۳</sup> که از این آیه حصر در اسباب صحت شروط استفاده می‌شود و ملاک صحت در شروط، وقوع تراضی بین متعاقدين بیان می‌شود و آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا

۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، سؤال و جواب، سؤال، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۹۲.

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، چاپ هشتم، س ۱۳۶۵ ه. ش، ج ۱۰، ص ۱۶۰.

۳. سوره بقره، (۲)، آیه ۱۸۸.

بِالْعُقُودِ» که از «عقود» جنس و عمومیت عقد فهمیده می‌شود؛ و نیز حدیث «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.

از میان دو نظریه ارائه شده به نظر می‌رسد که نظریه آزادی قراردادهای با نیازهای اجتماعی و اقتصادی جدید انطباق بیشتری داشته باشد؛ زیرا در گذشته، نیازهای جوامع، معمولاً یکسان بوده و عقود جدید کمتر اتفاق می‌افتاده است تا دیدگاه فقیهان و ادله‌هایی آنها در مورد عقود جدید کشف شود.

از مجموع مطالبی که گفته شده و بررسی و ارجحیت ادله قائلین به نظریه غیر حصری بودن شروط می‌توان به این نتیجه دست یافت که اگر بر تراضی طرفین عرفاً لفظ عقد یا شرط صادق باشد، صحیح و لازم الوفا می‌باشد و اثبات فساد چنین معامله‌ای نیاز به دلیل دارد و همچنین مردم در انتخاب نوع و آثار قراردادهای آزادند و تعهدات ناشی از قرارداد برای طرفین الزام آور می‌باشد.

قانونگذار نیز با تکیه بر همین مصالح و مبانی اجتماعی، به منظور جلوگیری از تزلزل اعتماد عمومی و با اتکاء به نظر غالب فقهای امامیه، مفاد این اصل را در ماده ۲۲۳ قانون مدنی گنجانده و مقرر می‌دارد: «هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود». بدین ترتیب قانون مدنی صحت و اعتبار قراردادهای را مورد حمایت قرار می‌دهد و مدعی فساد معامله را مکلف به اقامه ی دلیل بر اثبات مدعا می‌کند.

## ۲-۲. نقش شرط ضمن عقد در تعدیل قرارداد

شرط ضمن عقد از مباحث مهم فقهی - حقوقی به شمار می‌رود. این بحث در حقوق امامیه مورد توجه خاصی قرار گرفته و شاید بتوان گفت از اختصاصات آن است.

در حقوق امامیه، بنا به نظر مشهور، صرف تعهد، الزام آور نیست و هر گاه کسی بخواهد تعهدی بنماید که دارای استحکام باشد، باید آن را به صورت شرط در ضمن عقد قرار دهد. در قانون مدنی ایران نیز علیرغم اینکه بر اساس ماده ۱۰، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که

آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»، ولی به خاطر نفوذ و اهمیت فقه امامیه در اجتماع و در افکار مردم به خاطر ملتزم شدن به تعهداتی که ناشی از عقود معینه نیستند، آن‌ها را به صورت شرط ضمن عقد قرار می‌دهند تا جنبه الزام و التزام پیش آید و طرفین حق تخطی و مخالفت با مفاد شرط را نداشته باشند.

## ۲-۲-۱. شرایط صحت شروط ضمن عقد

تعهدات و شروطی که وفای به آن‌ها واجب است باید شرایط زیر را داشته باشند:<sup>۱</sup>

۱. مخالفت با کتاب و سنت نداشته باشند. مانند اینکه بایع کالای خود را به شرطی بفروشد که خریدار عمل حرامی را انجام دهد در این فرض چون عمل به شرط غیر مشروع است وفای به آن واجب نیست. همچنین اگر مالی را هبه کند به شرط اینکه وارث متَّهَب آن را به ارث نبرد از آنجا که اصل شرط با حکم شرعی مخالفت دارد مشمول قاعده کلی وجوب وفای به شرط نمی‌شود.
۲. با مقتضای ذات عقد منافاتی نداشته باشند. مانند اینکه بایع متاعی را بفروشد به این شرط که مشتری آن را مالک نشود. دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد این است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ زیرا قصد به ملکیت در نیامدن مبیع در ضمن بیع و به موجب شرط، با قصد تملیک مبیع که معنای عقد بیع است منافات دارد.
۳. مجهول نباشد. شروطی که جهل به آن‌ها موجب جهل به عوضین می‌شود علاوه بر اینکه خود باطلند موجب بطلان عقد نیز می‌شوند.

۴. غیر مقدور نباشد. مشروطاً علیه باید قدرت بر انجام آن داشته باشد بلکه اگر به ناتوانی

خود مطمئن باشد اساساً انشاء تعهد به آن امکان پذیر نخواهد بود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ص ۶۷.

<sup>۲</sup> خوئی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، بیروت، دارالبلاغه، ۱۴۱۲ ه - ۱۹۹۲ م، ج ۲، ص ۴۲.

۵. دارای منفعت عقلایی باشد. چنانچه شرط هیچ گونه منفعت عقلایی حتی برای مشروط له نداشته باشد، باطل است. دلیل بطلان چنین شرطی آن است که التزام به این گونه امور لغو است و شرع آن را قابل الزام نمی‌داند.

## ۲-۲-۲. اقسام شرط ضمن عقد

اغلب در قراردادهای و معاملات اصلی شروط تبعی قید می‌گردد که طرفین معامله یا عقد و یا یکی از آن دو ملزم به رعایت آنست این شروط بایستی به لحاظ شرعی و قانونی موجه بوده و با اصل عقد مغایرتی نداشته باشد. به بیان دیگر این شروط نبایستی باطل و یا مبطل عقد اصلی شوند.

## ۲-۲-۲-۱. اقسام شرط ضمن عقد صحیح

۱. شرط به فعل: یعنی آن که، در ضمن عقد انجام دادن، و یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از متعاملین، و یا بر شخص ثالث خارجی شرط شود؛ مثل آنکه در ضمن عقد شرط شود بایع خانه را تعمیر کند، و یا مشتری ملزم شود آن را وقف کند.<sup>۱</sup>

۲. شرط صفت: به موجب این شرط، در ضمن عقد مقرر می‌شود که دو عوض یا یکی از آن دو، وصف خاصی داشته باشد؛ مانند آنکه منزلی معین فروخته شود و در ضمن عقد، شرط شود که دارای مساحت معینی باشد.<sup>۲</sup>

۳. شرط نتیجه: اشتراط تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد است؛ اعم از آن که عمل حقوقی، عقد باشد یا ایقاع؛ مثل شرط خیار برای دو طرف یا یکی از آنان و یا برای اجنبی در ضمن عقد بیع.<sup>۳</sup>

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۶۵.

۲. همان، ص ۵۹.

۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، پیشین، ج ۴، ص ۶۳.

## ۲-۲-۲-۲. اقسام شرط ضمن عقد فاسد

الف) شروط باطل و غیر مبطل عقد که عبارتند از:

۱. شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد
۲. شرطی که در آن نفع و فایده ای نباشد
۳. شرطی که نامشروع باشد.<sup>۱</sup>

ب) شروط باطل و مبطل عقد، که عبارتند از:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد
۲. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می شود.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۳. شروط تعدیلی ضمن عقد

هرگاه طرفین قرارداد، بر احتمالات گوناگون تغییر دهنده وضعیت اجرای آن همچنین مشکلات ناشی از عدم امکان تغییر و تبدیل مفاد قرارداد، در زمان اجرای آن واقف باشند، ترجیح خواهند داد در زمان شکل گیری عقد تکلیف اوضاع و احوال نامنتظر را روشن سازند.

در بسیاری از موارد، موضوع چنین قراردادهایی، انجام عمل یا تسلیم کالایی در برابر دریافت مبالغی وجه نقد است. از سوی دیگر نگرانی عمده متعاملین، نوسانات مربوط به ارزش وجه رایج است که غالباً به صورت کاهش ارزش پول خود را نمایان می سازند. بنابراین آنان از همان ابتدا به تنظیم شروطی می اندیشند که در صورت بروز چنین مشکلاتی، یا با کاستن از میزان تعهد یا افزایش مابه ازاء، به ترمیم وضعیت زیان دیده و تعدیل اقتصادی عقد بیانجامد. این شروط اصولاً به «شروط تعدیل کننده» معروفند.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> قانون مدنی، ماده ۲۳۲.

<sup>۲</sup> همان، ماده ۲۳۳.

<sup>۳</sup> بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۲۷۲.

شروط تعدیل کننده زمان تشکیل قرارداد، ممکن است به دو گونه کلی مورد پیش بینی قرار گیرند؛ گاه متعاقدين ترجیح می دهند به راهکاری توسل جویند که در صورت بروز مشکل و ایجاد نابرابری در تعهدات، عقد به طور قهری با وضعیت اقتصادی خارج از خود منطبق شود. این شیوه نیز به نوبه خود به دو سبک متفاوت اجرا می شود؛ گاه مکانیزم مقرر به گونه ای است که دخالت هیچ شخصی جهت تعدیل قرارداد لازم نیست و گاه، علیرغم عدم نیاز به توافق مجدد متعاقدين، دخالت یکی از طرفین یا شخص ثالث برای تعیین میزان یا نحوه تعدیل در تعهدات، مورد پیش بینی قرار می گیرد.<sup>۱</sup>

برخی اوقات نیز طرفین قرارداد، علیرغم ابراز اراده خود مبنی بر ضرورت تعدیل قرارداد، امکان بازبینی در مفاد آن را به گونه ای پیش بینی می کنند که جز با دخالت اراده های بعدی آنان حاصل نمی شود. این شیوه که به «شروط تعدیل اختیاری» شهرت یافته است، در این روش اوضاع و احوال و شیوه تعدیل قرارداد، در عقد مورد پیش بینی قرار گرفته، اجرا شدن آن منوط به الحاق طرفین بدان می گردد.<sup>۲</sup>

### ۲-۲-۳-۱. شروط تعدیل قهری قرارداد

هرگاه طرفین قرارداد، شرط تعدیل را به گونه ای پیش بینی نمایند که بدون اراده ثانوی آنان اثربخش باشد، تعدیل به طور قهری تحقق خواهد یافت. با این همه، گاه ممکن است جهت اجرایی شدن تعدیل، نیاز به دخالت واسطه نیز باشد. از همین رو در مبحث حاضر، طی دو عنوان جداگانه، «تعدیل بی واسطه» و «تعدیل با واسطه» عقد را مورد بررسی قرار می دهیم.

<sup>۱</sup>. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۲۷۲.

<sup>۲</sup>. همان.

## ۲-۲-۳-۱. شروط تعدیل بی واسطه قرارداد

در شرایطی که پول از استواری و ثبات برخوردار نباشد، معیارهای جایگزین تعیین ارزش، اهمیت خواهد یافت. اگر طرفین قرارداد به دنبال معیاری جهت تعدیل خود به خود تعهدات باشند، طبیعی است که در پی شاخص‌هایی خواهند بود که مطابق تحولات ارزش پول، ارزش آن‌ها نیز تغییر می‌یابند. چنین معیاری جز در صورت داشتن ارزش ماهوی ممکن نیست.

### ۱. شرط پرداخت طلا<sup>۱</sup>

طلا از جمله فلزاتی است که در طول تاریخ بشر نقش عمده ای در معاملات و مبادلات گوناگون داشته، علاوه بر اینکه دارای ارزش یاد شده است، به عنوان فلزی که دارای مقبولیت فراگیر و در عین حال قابل نقل و انتقال بوده، به مدت مدیدی به عنوان پول نیز استفاده می‌شده است.

شروط حاضر، به معنی پیش بینی شرط پرداخت بر پایه طلاست که از آن به اختصار به «شرط طلا» نیز یاد می‌شود. این شرط می‌تواند به دو صورت در قرارداد ذکر شود:<sup>۲</sup>

۱. شرط پرداخت به سکه طلا: در این شرط، پرداخت دین با تأدیه ی تعدادی سکه طلا انجام می‌شود. این شیوه، در عمل دارای مشکلاتی است که از جمله آن‌ها می‌توان به امکان منع قانونی چنین شرطی به علت بی‌اعتنایی به پول رایج مملکت، همچنین مشکل تحصیل سکه های یاد شده اشاره کرد.

۲. شرط پرداخت به میزان ارزش طلا: بنا بر چنین شرطی، لزومی در پرداخت با سکه های طلا وجود ندارد. همین که متعهد به میزان ارزش طلای تعیین شده در روز انجام تعهد، پول پرداخت کند نیز به تعهد خود عمل کرده است. این روش، از شیوه پرداخت به وسیله سکه طلا ایمن‌تر است و ضمن سهل‌تر کردن روش پرداخت، با ممنوعیت قانونی کمتری نیز مواجه می‌شود.

<sup>۱</sup>. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۲۷۵.

<sup>۲</sup>. همان.

## ۲. شرط پرداخت پول خارجی

هرگاه پول ملی از ثبات برخوردار نبوده، ارزش آن در نوسان باشد، مبتنی ساختن قرارداد طولانی مدت بر آن کار مخاطره آمیزی خواهد بود. از همین رو، در صورت عدم اعتماد طرفین به پول داخلی و احتمال ضرر یکی از متعاقدين، ممکن است واحد پول دیگری به عنوان پول محاسبه در نظر گرفته شود که از ثبات و اطمینان بیشتری برخوردار است.

در شرایط یاد شده، متعهد، ملزم به تادیه مبلغ معینی ارز یا معادل ارزش آن می‌شود.

## ۳. شرط پرداخت بر مبنای شاخص‌های دیگر

گاه طرفین قرارداد، ارزیابی میزان تعهدات نقدی خود را به ارزش کالا، خدمت یا معیار دیگری پیوند می‌زنند. مرجعی که تغییرات قیمتی آن تابع بازار یا به گونه ای کنترل شده صورت می‌پذیرد. اصولاً توسل به چنین معیاری، در مواردی که ارتباطی بین موضوع قرارداد و شاخص مورد نظر موجود باشد، شایع‌تر است.<sup>۱</sup>

همچنین ممکن است شاخص مورد نظر به جای کالا، ارزش خدمت معین باشد به عنوان نمونه میزان تعهد، پرداخت وجهی معادل ده برابر دریافتی ماهانه یک کارگر ساده، در روز تحویل کالا یا خدمت مورد نظر باشد.

## ۴. شرط تعدیل معلق بر حوادث

شروط تعدیل کننده پیش گفته، جهت پیش گیری از اثر هر نوع عامل به هم زنده تعادل تعهدات دو یا چند جانبه مخصوصاً کاهش ارزش پول، به کار گرفته می‌شود. اما گاه آنچه برای اطراف عقد مهم است، وجود یا عدم وجود وضعیتی خاص است، به گونه ای که در صورت تغییر در وضعیت مورد نظر، بازبینی در مفاد عقد را ضروری می‌دانند، بی آنکه پیش بینی شرطی عمومی (همچون شروط قبل) جهت تعدیل قرارداد را لازم تشخیص دهند. در چنین وضعیتی، ممکن است آنان، پیشاپیش و به هنگام تشکیل عقد، به هم خوردن وضعیت مورد انتظار، همچنین نتیجه آن، یعنی تعدیل قرارداد را در عقد مورد پیش بینی قرار دهند.

---

1. Mousseron, (j.M.), La gestion des risques par le Contrat. RTD, civ. 1988 , p.483-5.

## ۲-۲-۳-۱-۱-۱. صحت شروط بی واسطه

مقصود از پیش بینی شروط تعدیل کننده عقد، به کار بردن راهکاری جهت اجتناب از تبعات سوء تغییر و تحولات اقتصادی، به ویژه نوسانات ارزش پول است. مقتضای اصل حاکمیت اراده نیز، ارادی و اختیار طرفین عقد در انتخاب روشی است که تا حد ممکن، خواسته های آنان را در دادوستد عادلانه محقق سازد.

پس، اصولاً شروط یاد شده صحیح هستند مگر اینکه منع صریحی در قانون باشد یا رویه قضایی به هر جهت آن را باطل قلمداد کند.<sup>۱</sup>

در زمینه هیچ یک از شروط تعدیل کننده بی واسطه، منع خاصی در قوانین موجود به چشم نمی خورد، از همین روست که برخی حقوقدانان اظهار کرده اند: «اگر شروطی که به منظور پرهیز از کاهش ارزش پول و تعدیل خود به خود قرارداد مورد توافق قرار می گیرد با قوانین اداری و تجارت خارجی برخورد نداشته باشد، نفوذ حقوقی دارد، خواه تعهد ناظر بر پرداخت سکه های طلا یا معادل بهای طلا باشد یا ارزشهای خارجی یا کالاها و خدمات».<sup>۲</sup>

در فقه امامیه، مخصوصاً در کتب فقهای بزرگ متقدم نیز، کمتر به موضوع شروط سه گانه اول پرداخته شده که علت عمده آن، عدم ضرورت چنین شروطی در قرون گذشته بوده است.

با این وجود، با توجه به احکام و قواعد فقه امامیه، بعید به نظر می رسد که مشکلی در پذیرش چنین شروطی وجود داشته باشد. فقیه بزرگ شیعه، آیت الله سید محمد کاظم یزدی در جواب سؤالی در زمینه امکان تعدیل قرارداد با پیش بینی طرفین، پاسخی داده اند که قابل توجه است:

«پرسش: زید ملکی از عمر و اجاره کرده است به دوازده تومان پول سیاه، از قرار قران بیست

شاهی. بعد پول سیاه شده است از قرار شصت شاهی یک قران، مستحق چه چیز است؟»

1. Hubert, (M.) observation sur la validite de la claus d' echelle mobile, RTD, civ. 1947, p.19

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۳، ص ۵۳۱.

جواب: اگر عقد اجاره بر پول سیاه واقع شده است که در قوه باشد که مال الاجاره در هزار چهارصد پول سیاه باشد<sup>۱</sup> مستحق همین است؛ و اگر اجاره واقع شده باشد بر قران به شرط این که عوض آن را پول سیاه بدهد به قیمت وقت اداء، مستحق ازید است به مقدار آنچه زیاد شده است. لیکن این خلاف ظاهر پرسش است.<sup>۲</sup>

بنابراین، قول ایشان در شق سوم مسئله، مبنی بر ضرورت رعایت شرط بر پرداخت پول سیاه به قیمت وقت اداء، دلالت بر پذیرش امکان تعدیل قرارداد، حتی در صورت تغییر قابل توجه ارقام مورد تعهد در این گونه شروط دارد.

برخلاف آنچه در مورد شروط سه گانه اول (پرداخت با طلا، ارز و شاخص‌های دیگر) گفته شد، شرط تعلیق بر حوادث آینده، به علت عدم ارتباط آن با نوسانات ارزش پول، سابقه ای طولانی‌تر

دارد، لذا مصادیقی از آن‌ها که در زمان ائمه (علیه‌السلام) روی داده و منجر به سؤالاتی از ایشان شده است، در کتب روایی موجود است.<sup>۳</sup>

اما نکته ای که از مجموع مباحث مطرح شده در منابع معتبر فقهی قابل استنباط است این که، برای صحیح و قابل استنباط بودن چنین شرطی لازم است تغییر وضعیت مورد نظر (که باعث تعدیل در تعهد می‌شود)، همچنین میزان تعدیل حاصله در عقد معلوم باشد تا باعث مجهول شدن عوضین نگردد.

فقها معتقد به صحت این شرط، به دلایل مختلفی چون، عموم ادله ضرورت پای بندی به شرط، همانند «الْمُؤْمِنُونَ (الْمُسْلِمُونَ) عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» و اخبار و روایات موجود در تأیید صحت این شروط اشاره کرده‌اند.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> در آن زمان یک تومان مساوی ۱۰ قران و یک قران برابر با ۲۰ پول سیاه بوده است، بنابراین ۱۲ تومان برابر ۲۴۰۰ پول سیاه می - شده است.

<sup>۲</sup> یزدی، سید محمد کاظم، پرسش و جواب، پیشین، صفحه ۳۰۶.

<sup>۳</sup> به عنوان نمونه پرسشی از امام معصوم (ع) شده است مبنی بر این که آیا جایز است مرکبی توسط شخصی کرایه شود به مبلغ خاصی، جهت آن که در روز معینی کالایی حمل کند، به شرط آنکه در آن روز نتوانست حمل کند، اجرت کمتر از میزان اولیه پرداخت شود؟ و پاسخ ایشان جواز آن بوده است. (الکافی، ج ۵، ص ۲۹۰)

اما پذیرش این شرط مخالفینی نیز دارد. برخی در این زمینه به بطلان تعلیق در عقد و ایقاع که شامل شرط نیز می‌شود، استناد می‌جویند. برخی دیگر، با استناد به مردد شدن ثمن بین دو نرخ، به بطلان بیع با دو ثمن بر اساس روایات معتبر موجود در این زمینه تمسک جسته‌اند و عده ای نیز به نکات دیگری اشاره و آن را غیر نافذ معرفی نموده‌اند.<sup>۲</sup>

با این همه، بررسی عقاید متضاد موجود و پاسخ‌های طرفداران صحت شرط به اشکالات عنوان شده، نشانگر قوت این نظریه و صحت و نفوذ شرط از دیدگاه فقهی است.

## ۲-۲-۳-۱-۲. شروط تعدیل با واسطه قرارداد

شروط تعدیل با واسطه قرارداد به دو شکل قابل اجراست. گاه ممکن است طرفین قرارداد نخواهند تعدیل به صورت مستقیم باشد که تغییر در شاخص، به طور خودکار باعث تغییر در تعهد طرفین شود، در این صورت، آنان پیشاپیش واسطه ای را جهت انجام این کار معین خواهند کرد. در این حالت گرچه بدون دخالت واسطه، تعدیلی وجود نخواهد داشت، با این همه، قهری تلقی شدن تعدیل، از این روست که اراده های طرفین جهت تغییرات بعدی در عقد، به طور قاطع اعلام شده و بدون نیاز به تراضی جدید آنان، واسطه پیش بینی شده می‌تواند اقدام به بازبینی تعهد نماید. در حالی که در صورت عدم پیش بینی شاخص یا واسطه، بی آنکه توافق جدیدی بین طرفین قرارداد حاصل شود، تعدیلی روی نخواهد داد.<sup>۳</sup>

کسی که به انتخاب متعاقبین می‌تواند واسطه برابر سازی تکالیف نابرابر شده آنان شود، یا یکی از طرفین قرارداد و یا شخص ثالث است.

گاه نیز به جای آنکه طرفین اختیار بازبینی در عقد را خود بر عهده گیرند، ترجیح می‌دهند برای دوری از مظان اتهام یا جهت مصون ماندن از احتمال وسوسه سودجویی یا بی عدالتی نسبت

---

۱. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسین، تهذیب الاحکام، دار الکتب الاسلامیه، قم، ۱۳۹۰ ه. ق، ج ۷، ص ۳۷۱.

۲. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۰۸ ه. ق، ج ۷، ص ۱۰۶.

۳. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۲۹۵.

به طرف مقابل، شخص ثالثی را مأمور انجام چنین امری نمایند. واسطه تعیین شده خواهد توانست با در نظر گرفتن عوامل موثر در ایجاد توازن در تعهدات طرفین، با تغییر در قیمت تعهد، یا حتی مورد آن، تعادل از دست رفته را بازگرداند.<sup>۱</sup>

حال سخن در این است که صحت و سقم چنین شروطی، بین دو اصل قابل توجه حقوقی گرفتار آمده است؛ از سویی، در توجیه آن استدلال شده است که طرفین تراضی کرده‌اند که نظر ثالث یا داور، جانشین تراضی آنان در تعدیل عقد شود و این خود یکی از نتایج الزام آور عقد و حاکمیت اراده است، به علاوه آنکه شیوع چنین قراردادهایی مؤید صحت عرفی و ضرورت اجتماعی توجیه آن است.<sup>۲</sup> از سوی دیگر، با مجهول ماندن مبنای تعدیل قرارداد، ابهامی در قرارداد حاصل خواهد شد که نتیجه آن، می‌تواند نافی بخشی از مقررات مربوط به ضرورت علم به مورد معامله باشد. از همین روی، بررسی صحت هر کدام از دو نوع شرط یاد شده در حقوق ایران و فقه اسلامی لازم به نظر می‌رسد.

## ۲-۲-۳-۱-۲-۱. صحت شروط با واسطه

صحت شروط با واسطه را در حقوق ایران و فقه امامیه بررسی می‌کنیم:

### ۱. حقوق ایران

قانون مدنی ایران، در بخش قوانین عام لازم‌الاجرای قراردادی، پس از بیان شرایط اساسی برای صحت معاملات (ماده ۱۹۰)، به تشریح هر یک از شرایط چهارگانه مورد اشاره خود پرداخته است. بر همین اساس، (ماده ۲۱۶) این قانون (مبهم نبودن مورد معامله) را لازمه صحت قرارداد دانسته است، مگر در «موارد خاصه» که بدون وجود علم تفصیلی نیز می‌توان معتقد به صحت قرارداد بود.

با این همه، نکته ای که از سوی برخی حقوقدانان مورد اشاره قرار گرفته این که، هدف از معلوم بودن مورد معامله، از بین بردن (غرر) ایجاد اطمینان عرفی به مقدار و مشخصات مال است.

۲. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۲۹۶.

بنابراین سخت‌گیری در این مورد روا نیست، هر چند که علم مورد نظر با روشی نامرسوم حاصل گردد.<sup>۱</sup> حال در صورت پیش‌بینی شرط تعدیل با واسطه، از سویی، به علت قابل تعیین بودن مورد معامله، می‌توان معتقد بود که موضوع تعهد دارای ابهام نیست و عرف معاملات آن را معلوم می‌شمرد و از سوی دیگر، امکان استناد به ماده ۲۱۶ و... جهت استناد جهل به مورد معامله و غرری بودن آن وجود دارد.

به نظر می‌رسد برای اینکه قضاوت در موضوع بحث دقیق‌تر گردد، نخست باید میان دو نوع تعدیل، قائل به تفکیک شد:

هرگاه طرفین عقد، یکی را از میان خود انتخاب و پیشاپیش به او اختیار دهند که در شرایط خاص بتواند تعهدات قراردادی را با هدف عادلانه ساختن آن مورد تعدیل قرار دهد، تردیدی در مجهول شدن ثمن و بنابراین بطلان شرط وجود نخواهد داشت.<sup>۲</sup>

اما در پیش‌بینی امکان تعدیل توسط شخص ثالث، اشکال سپرده شدن سرنوشت عقد به دست یکی از طرفین وجود ندارد. پس تنها اشکال ممکن، مجهول بودن عوضین و در نتیجه، غرری بودن آن است که باعث بطلان شرط می‌شود.

با این همه، به نظر می‌رسد، نه بطلان کامل شرط تعدیل توسط ثالث و نه صحت مطلق آن منطقی نیست؛ به نظر می‌رسد با تفکیک بین دو گونه از مصادیق شرط مورد بحث، می‌توان به نتیجه معقول‌تری رسید: هرگاه شرط تعدیل به گونه‌ای باشد که علی‌رغم اختیار ثالث در جرح و تعدیل تعهدات مبنای روشنی جهت این کار تعیین شده باشد، به گونه‌ای که قدرت مانور او را در کم و زیاد کردن سلیقه‌ای تا حد معقولی کاهش دهد می‌توان به صحت آن مهر تایید زد؛ اما چنانچه شرط مقرر، توانی بیش از میزان یاد شده در اختیار ثالث بگذارد، به گونه‌ای که اختیار هر گونه تغییر در تکالیف قراردادی، بدون مبنای معلوم و روشن داشته باشد، پذیرش آن، به معنی قبول معامله با جهل بر عوضین خواهد بود. امری که با مبانی فقهی- حقوقی پذیرفته شده ما

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۲، ص ۳۹۷.

<sup>۲</sup> همان، عقود معین، پیشین، ج ۱، ص ۵۳.

منافات دارد. اکنون، پس از نتیجه گیری از مباحث ارائه شده، مبنی بر مجهول و غرری بودن شرط واگذاری امکان تعدیل به طرف قرارداد یا ثالث (در صورت معین نبودن مبنای تعدیل)، لازم است به دو پرسش اساسی پاسخ دهیم:

نخست این که، بر فرض پذیرش این نتیجه، آیا مجهول بودن شرط، ضرورتاً به معنی بطلان شرط است؟ دیگر این که، به فرض باطل بودن چنین شرطی، تأثیر آن در عقد اصلی چیست؟ در مورد پرسش اول، اختلاف نظر وجود دارد: برخی حقوقدانان با استناد به ماده ۲۳۲ قانون مدنی که فقط شروط نامقدور، نامشروع و بی فایده را باطل اعلام کرده است، معتقدند شرط مجهول به تنهایی و به خودی خود نمی تواند باطل باشد، مگر اینکه بر اساس ماده ۲۳۲ باعث جهل به عوضین معامله شود که در این صورت، به همراه عقد اصلی، بی اثر خواهد شد.<sup>۱</sup>

اما گروهی دیگر معتقدند، تبعی بودن شرط، هیچ تغییری در ماهیت اصلی آن ایجاد نمی کند و شرایط مندرج در (ماده ۱۹۰) قانون مدنی ناظر بر همه قراردادهای و تعهدات است و دلیلی بر استثنا شدن تعهد تبعی وجود ندارد. اگرچه، پایبندی بر ظواهر قانون می تواند توجیه گر پذیرش نظر اول باشد، لیکن با در نظر گرفتن لوازم عقلی چنین ایده ای، باید بر صحت دیدگاه دوم پای فشرود.

در پاسخ مسئله دوم، مبنی بر تأثیر شرط مجهول و باطل بر عقد اصلی نیز همانند مسئله اول، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ اما قانون مدنی با جمع بندی نظرات موجود، ترجیح داده است از سرایت اثر شرط مجهول بر عقد اصلی جلوگیری نماید مگر آنکه مجهول بودن شرط به گونه ای اجتناب ناپذیر، باعث جریان جهل در تعهدات اصلی قرارداد شود.

حال آیا، شروط متضمن امکان تعدیل توسط یکی از طرفین یا ثالث را باید مبطل عقد تلقی کرد یا خیر؟ به نظر می رسد با توجه به توضیحات ارائه شده و اوضاع و احوال حاکم بر اغلب چنین عقود، اصولاً جهل در مبنای تعدیل، باعث جهل عوضین و در نتیجه بطلان عقد نیز خواهد شد.

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ اول، س ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۸۹ و ۹۰.

۲. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، (قواعد عمومی قراردادها)، پیشین، ج ۲، ص ۱۹۱.

## ۲. نظریه فقها

بررسی و استقراء در منابع مختلف شیعه و سنی نشانگر این نکته است که نظر مشهور، قابلیت تعیین یا تغییر مورد عقد را جهت رفع ابهام و علم به عوض و معوض کافی نمی‌دانند.<sup>۱</sup> بسیاری از ایشان، اختلاف رأی کارشناسان یا افراد انتخاب شده در ارزیابی موضوع را دلیل این امر می‌دانند. چرا که با وجود احتمال نوسان قابل توجه در تعهدات طرفین، نمی‌توان اعتقاد به معلوم بودن عوضین داشت.

عده ای دیگر از فقها به طور مشخص در مورد قابل تعیین بودن عوضین سخن نگفته‌اند، اما بر تأکیدی که بر ضرورت رفع هر نوع غرر از عوضین نموده‌اند، پیداست که نمی‌توان این حدّ از علم به موارد معامله را از دیدگاه آنان کافی برای معلوم بودن عوض و معوض دانست.<sup>۲</sup> اما عده اندکی از فقها به مخالفت با نظریه ابراز شده پرداخته، شروطی همچون ارجاع ثمن به ارزیاب صحیح دانسته‌اند.<sup>۳</sup>

آخرین پرسشی که در بررسی فقهی موضوع، لازم به نظر می‌رسد، تکلیف عقد در نتیجه بطلان شرط ضمن آن است.

آیا مجهول بودن شرط تعدیل پیش بینی شده در عقد ناگزیر باعث بطلان عقد نیز می‌شود یا خیر؟ برخی از فقیهان که البته در اقلیت قرار دارند، بطلان شرط را در هیچ صورت مخلّ قرارداد اصلی نمی‌دانند. از دیدگاه اینان، چنین عقود، شامل دو قرارداد مجزا با دو سرنوشت جدای از همدیگر است که بطلان عقد فرعی نمی‌تواند اصل توافق طرفین را دچار مشکل سازد.<sup>۴</sup>

---

<sup>۱</sup> حلی (علامه)، ابی منصور الحسن بن یوسف، تحریر الاحکام، مؤسسه آل البیت، مشهد، دوره دو جلدی، ج ۱، ص ۱۶۵.

طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، مؤسسه آل البیت، قم، س ۱۴۰۴ ه. ق، ج ۱، ص ۵۱۷.

<sup>۲</sup> عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، س ۱۴۱۳ ه. ق، ج ۳، ص ۲۶۸.

مراغه ای، میر فتاح، عناوین الاصول، س ۱۲۹۷ ه. ق، ج ۱، ص ۲۵۳.

<sup>۳</sup> خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، پیشین، ج ۵، ص ۳۲۲.

<sup>۴</sup> شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، مبسوط، انتشارات حیدری، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۴۵.

گروهی دیگر، در نقطه مقابل، تراضی طرفین را ناظر به مجموع اصل و شرط ضمن آن می‌دانند که بطلان شرط باعث اختلال در توافق اصلی طرفین نیز می‌شود.<sup>۱</sup>

عده ای دیگر از فقیهان، نه اعتقاد به غریبه بودن شرط و عقد و نه پیوستگی همیشگی بین سرنوشت آن‌ها دارند. از دیدگاه اینان، شرط توافقی جدا اما مرتبط با عقد اصلی است. بنابراین، گاه بطلان آن باعث لطمه به رکن ضروری عقد می‌شود، چنانکه ممکن است با از بین رفتن شرط، شرایط اساسی صحت قرارداد همچنان پایدار بمانند. پس اصولاً از بین رفتن شرط، مانع نفوذ عقد اصلی نیست مگر اینکه اختلال در ارکان عقد اثبات گردد، مثلاً فساد شرط باعث مجهول شدن عوضین گردد، یا توجه به وضعیت خاص عقد نشان دهد که انگیزه اساسی از تشکیل عقد از بین رفته است.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد عقلاً قابل پذیرش نیست که بطلان شرط، به خودی خود بتواند دلیلی قانع کننده در بطلان عقد اصلی تلقی شود. انتخاب قانونگذار ایران نیز که همیشه در تطبیق مقررات خود با فقه امامیه و نظر مشهور داشته، مؤید همین مطلب است. (ماده ۲۳۳ ق. م) تنها شروطی را باطل و مبطل معرفی کرده است که وجود آن‌ها باعث اختلال، در ارکان عقد اصلی شود.

## ۲-۲-۳-۲. شروط اختیاری تعدیل قرارداد

همچنان که ملاحظه شد، تعدیل قهری، پس از انعقاد قرارداد و پیش بینی امکان هماهنگی تعهدات با اوضاع و احوال خارج از عقد بدون نیاز به اراده جدید اطراف عقد محقق می‌شود. اما ممکن است تشکیل دهندگان قرارداد بخواهند نقش پررنگ‌تری در تغییر موازنه قراردادی ایفاء نمایند. در این روش به هنگام انعقاد قرارداد، دامنه تعدیل و کم و کیف آن به وسیله متعاقدين یا ثالث پیش بینی می‌گردد اما، اجرای آن منوط به الحاق طرفین به شرط تعدیل است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، پیشین، ج ۴، ص ۴۳۰.

علامه حلی، ابی منصورالحسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۶ ه. ق، ج ۱۰، ص ۲۴۷.

<sup>۲</sup> نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، پیشین، ج ۲۳، ص ۲۱۳ به بعد.

<sup>۳</sup> بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۳۱۵.

## ۲-۲-۳-۲-۱. تعدیل منوط به الحاق طرفین

ممکن است متعاقدین پیشاپیش، محتوای تعدیل را تعیین نموده باشند. در چنین مواردی، در صورت بروز حوادثی که تعادل قراردادی مورد نظر آنان را مختل سازد، طرفین اختیار خواهند داشت که با الحاق خود به شرایط مقرر، زمینه اجرایی شدن آن را فراهم سازند. در این نوع شروط، علاوه بر تعیین قلمرو تعدیل، ممکن است دفعات و موارد تجدید نظر، همچنین مدت زمان آن را نیز مورد پیش بینی قرار داده باشند.

گاه پیش بینی طرفین به گونه ای است که الحاق یکی از آنان به شرط تعدیل برای اجرا شدن آن کافی است. در این گونه شروط، اراده یاد شده جهت ملزم شدن طرف مقابل به محتوای تعدیل کافی خواهد بود. پیش بینی تعدیل با اراده یک جانبه یکی از طرفین عقد، به عنوان نمونه در قراردادهای انتقال تکنولوژی مورد استفاده قرار می گیرد. به علت اوضاع و احوال حاکم بر این نوع عقود و مخصوصاً احتمال تحول در تکنولوژی مورد انتقال، غالباً این شرط به نفع مشتری در نظر گرفته می شود که بتواند تغییرات لازم در تکنولوژی مورد نظر را درخواست نماید، امری که از آن با «شرط تکمیل» نام برده می شود.

گاه نیز ممکن است طرف عقد، از همان ابتدای زمان انعقاد قرارداد، موافقت خود را برای اجرای یکجانبه تعدیل به طرف مقابل اعلام کرده باشد. در این صورت، تعهد شامل دو مورد خواهد بود که باید یکی از آنان به انتخاب ذینفع به اجرا گذاشته شود.

گاهی نیز محتوای تعدیل توسط شخص ثالث تعیین می شود، به این صورت که، به وجود آوردگان قرارداد به جای آنکه محتوای تعدیل را خود مورد پیش بینی قرار دهند، شخص ثالثی را مأمور می نمایند که در صورت بی نظمی در نظم و تعادل قراردادی، توازن مورد توقع را پیشنهاد نمایند.

بی تردید تحقق تراضی در تعدیل قرارداد، آرمانی ترین وضعیت ممکن جهت بازبینی تعهدات قراردادی است. با این همه سختی رسیدن به چنین توافقی نیز واقعیتی انکار ناپذیر است، مخصوصاً اگر روش پیشنهادی از سوی اشخاصی غیر از متعاقدین صورت گرفته باشد. از همین روست که

گاه، طرفین دل به آمال و آرزوها نمی‌بندند و پذیرش پیشنهاد شخص ثالث توسط یکی از متعاقدين را جهت اجرای شدن تعديل كافی معرفی می‌کنند.

## ۲-۲-۳-۲. صحت شروط تعديل منوط بر الحاق طرفین

به نظر می‌رسد بازبینی قرارداد با شروط پیش بینی شده (چه توسط متعاقدين و چه ثالث) چنانچه با توافق و الحاق طرفین همراه باشد، در صحت آن نمی‌توان تردید کرد. عملی که همچون خود قرارداد، نیروی سازنده و اثر بخش خود را از اراده های طرفین می‌گیرد. اما ممکن است تعديل قرارداد، با الحاق یکی از متعاقدين به شرط پیش بینی شده، باعث تردید در مجهول بودن عوضین و احیاناً غرری شدن عقد گردد.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد این تردید را باید از ذهن زدود؛ نخست اینکه حتی در صورت اختیار کامل ثالث در تعديل قرارداد، برخی فقها و حقوقدانان اعتقادی به غرری شدن عقد نداشته، آن را صحیح می‌شمارند. ثانیاً مصادیق مورد نظر، ماهیتاً متفاوت از دخالت ثالث در شروط تعديل قهری عقدند. در بحث حاضر، برخلاف موارد یاد شده، اصولاً موازین و معیار های تعديل توسط طرفین معین شده، سپس اختیار انتخاب به ذینفع داده می‌شود. پس نمی‌توان قائل به مجهول شدن تعهدات طرفین در صورت بروز حوادث دور از انتظار گردید.

---

<sup>۱</sup>. بیگدلی، سعید، تعديل قرارداد، پیشین، ص ۳۱۹.



## فصل سوم

### قاعده حاکم در تعدیل قانونی







علاوه بر پیش بینی تعدیل قرارداد توسط متعاقدين، قانونگذار نیز ممکن است با نصّ صریح و به طور مستقیم، یا دادن اختیار تعدیل به قاضی، در سرنوشت عقد سهیم شود.

در چنین موقعیت‌هایی، رعایت عدالت و انصاف اقتضا می‌کند تا حد امکان قانونگذار به جای دادن اختیار به قاضی و باز گذاشتن دست او در این امر استثنایی، خود به طور مستقیم شرایط و اوضاع و احوال و جزئیات تحقق چنین امکانی را پیش بینی نماید تا قراردادهای خصوصی، از اعمال سلیقه‌ها و تغییر و تحول‌های ناخواسته در امان بماند. با این همه، چون تشخیص وضعیت قرارداد، اوضاع و احوال زمان انعقاد و شرایط جدید پیش آمده، همچنین وضعیت خاص طرفین قرارداد برای قانونگذار ممکن نیست، در مواردی که احتیاج به بررسی چنین اموری باشد، قانونگذار فقط می‌تواند شرایط عمومی مورد نظر خویش را جهت جواز قرارداد پیش بینی نموده، دست قاضی را در تشخیص تحقق یا عدم تحقق امکان تعدیل در مصداق مورد نظر باز بگذارد.

این‌گونه موارد که توسط قاضی تعدیل می‌شود ظاهراً تعدیل قضایی‌اند اما همچنان که برخی اساتید حقوق بدان اشاره کرده‌اند باید آن‌ها را تعدیل قانونی به حساب آورد، چرا که علیرغم تمیز مصداق و اجراء آن توسط دادگاه، اما منشأ و دستور آن در قانون است.<sup>۱</sup> طبعاً در این گونه موارد، جز با مراجعه به دادگاه، امکان استفاده از شرایط استثنایی مورد پیش بینی وجود نخواهد داشت.

از جمله قواعد مهمی که می‌تواند مبنای مناسبی برای پذیرش تعدیل قرارداد در حقوق

کشورمان گردد، قاعده فقهی «نفي عسر و حرج» می‌باشد.

---

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۳، ص ۷۹.

### ۳-۱. قاعده نفی عسر و حرج در فقه

عسر و حرج از عناوین ثانویه ای است که در تمام ابواب و فروع فقهی بر احکام و قوانین شرعی مؤثر است، و همچنین از قواعد بسیار مهمی است که نقش اساسی در تعدیل و تکمیل قوانین شرعی دارد.

### ۳-۱-۱. مفهوم قاعده

«حرج» را در کتب لغت، مترادف با محدودیت، تنگی و تنگنا، ضیق، دشواری و همچنین گناه دانسته‌اند.<sup>۱</sup> قرآن کریم نیز، کلمه مورد نظر را در هر دو مفهوم بکار برده است؛ از جمله آیاتی که این کلمه را در معنای دشواری و ضیق و مشقت به کار برده است، آیه ۶ سوره مبارکه مائده است، «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...». همچنین در معنی گناه، در آیه ۳۸ سوره مبارکه احزاب آمده است، «مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ».

کلمه «عسر» نیز در کتاب‌های لغت، در مقابل «یسر» به معنای «آسانی» قرار گرفته است. پس مقصود از این کلمه، مشقت، سختی، صعوبت و شدت است.<sup>۲</sup> قرآن کریم در چند جا این دو کلمه را در معنای یاد شده در مقابل یکدیگر قرار داده است: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا».<sup>۳</sup> اما در اصطلاح عسر و حرج عبارتند از؛ عناوین ثانویه ای که راه یافتن آن‌ها در موضوع احکام تکلیفی الزامیه، موجب می‌گردد تا الزام و تکلیف ناشی از حکم از مکلفین برداشته شود.<sup>۴</sup>

### ۳-۱-۲. مستندات قاعده

قاعده نفی عسر و حرج دارای مستندات محکمی از آیات و روایات و همچنین عقل و می‌باشد که به اختصار به آن می‌پردازیم.

۱. فیرو زآبادی، مجدالدین محمد ابن یعقوب، القاموس المحيط، پیشین، ج ۲، ص ۱۲۶. ابن منظور، لسان العرب، پیشین. مسعود، جبران، الرائد، دار العلم للملایین، بیروت، ۱۹۹۰، ذیل کلمه.

۲. ابن منظور، لسان العرب، پیشین، ذیل کلمه. مسعود، جبران، الرائد، پیشین، ذیل کلمه.

۳. سوره مبارکه شرح، (۹۴) آیات ۵ و ۶.

۴. نراقی، ملااحمد، عواید ایام، پیشین، ص ۶۰-۶۱.

### ۳-۱-۲-۱. آیات

از جمله آیات مهمی که در بحث از نفی عسر و حرج بدان استناد شده است، آیه «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» می‌باشد.<sup>۱</sup> گفته شده است که اینجا از دیدگاه مفسرین، منظور از «جهاد» انجام وظایف و واجبات و ترک محرمات و «حق جهاد» خالصانه بودن آن است و مثل این است که گفته شود: چرا در راه خدا آن چنان که باید جهاد و کوشش نمی‌کنید، در حالی که شما برگزیده آیدید و در شریعت حکم حرجی بر شما وضع نشده است.<sup>۲</sup> همچنین در آیات دیگری آمده «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ»،<sup>۳</sup> و «وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ»،<sup>۴</sup> همچنانکه که ملاحظه می‌شود، در آیه اخیر، علت برداشته شدن حکم روزه برای مسافر مریض، دشوار شدن آن بر مکلف است. برابر آیات کریمه مشخص می‌گردد که خداوند در دین اسلام احکام حرجی، به این معنا که تبعیت از احکام و اطاعت از اوامر و نواهی موجب

مشقت و حرج شود، را جعل نفرموده است.<sup>۵</sup> علاوه بر آنچه بیان شد، آیات فراوان دیگری نیز به طور مستقیم و غیر مستقیم، دلالت بر محتوای قاعده لاجرح دارند.

### ۳-۱-۲-۲. روایات

روایات متعددی از ائمه معصومین (علیهم السلام) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسر و حرج قرار گرفته است. این روایات را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: در دسته نخست، نفی حرج، به عنوان حکمت حکم ذکر شده و در دسته دوم، علت حکم دانسته شده است.

<sup>۱</sup> سوره حج، (۲۲)، آیه ۷۸.

<sup>۵</sup> مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، مدرسه امام امیرالمومنین (ع)، سال ۱۴۱۱ ه. ق، قم، ج ۱، ص ۱۶۳.

<sup>۳</sup> سوره مائده، (۵)، آیه ۶.

<sup>۴</sup> سوره بقره، (۲)، آیه ۲۸۶.

<sup>۵</sup> موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۲۰۹.

دسته نخست: در تعدادی از روایات، نفی حرج به عنوان حکمت حکم ذکر شده است که به چند نمونه اشاره می‌کنیم:

۱. روایت ابوبصیر: ابوبصیر از امام (علیه‌السلام) سؤال می‌کند: در سفرها چه بسا به برکه‌هایی برمی‌خوریم که در کنار آبادی است و انواع نجاسات در آن یافت می‌شود، حضرت می‌فرماید: آب را با دستت به هم بزن و سپس وضو بگیر؛ زیرا در دین، مضیقه و تنگنا نیست و خداوند می‌فرماید: «بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده است»<sup>۱</sup> از این روایت برداشت می‌شود که خداوند در جعل احکام به سهولت و آسان بودن آنها توجه داشته است. درباره آب کر، اگر حکمی می‌شد که به مجرد ملاقات با نجاست، نجس می‌شود، برای اغلب مردم موجب حرج و زحمت می‌شد؛ لذا این حکم نفی شده است.

۲. روایت محمد بن میسر: راوی درباره مردی سؤال کرده که جنب است و در مسیر خود به آب قلیلی برخورد کرده است و می‌خواهد با آن غسل کند، در حالی که هم فاقد ظرف است و هم دستهای وی آلوده است. حضرت در پاسخ می‌فرماید: این فرد، ابتدا باید دستش را در آب فرو برده، وضو بگیرد و سپس غسل نماید. این مورد از مواردی است که خداوند می‌فرماید: «بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده است»<sup>۲</sup>.

دسته دوم: در تعدادی از روایات، نفی حرج به عنوان علت حکم ذکر شده است که به ذکر چند روایت و تبیین مختصر آنها می‌پردازیم:

۱. روایت نخست: پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) می‌فرماید: از چیزهایی که خداوند به امت من تفضل کرده و آنها را بر دیگر امتهای برتری داده، این است که سه ویژگی به آنها اعطا کرده که این خصلتها را فقط به پیامبران داده است. یکی از آنها این است که وقتی پیامبری مبعوث می‌شد، خداوند به وی می‌فرمود: در راه دین خود تلاش کن و هیچ گونه زحمت و مشقتی بر تو در این مسیر نیست. خداوند این ویژگی را به امت من هم داده است، هنگامی که می‌فرماید:

<sup>۱</sup> حر عاملی، محمد بن حسن، مسئله ۱، وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، پیشین، ج ۱، ص ۱۲۰.

<sup>۲</sup> کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، س ۱۳۶۷ ش، ج ۳، ص ۴.

«و بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده است» و حرج به معنای ضیق و سختی است.<sup>۱</sup>

از این روایت استفاده می‌شود که نفی حرج، علت است؛ یعنی مکلف باید در راه امتثال احکام الهی تلاش کند، ولی این تلاش مقید است به اینکه موجب زحمت و مشقت وی نشود و هر جا که امتثال حکم، سخت و مشکل بود، آن حکم نفی می‌شود.

۲. روایت هشام بن سالم: امام صادق (علیه‌السلام) می‌فرمایند: خداوند به مقدار وسع و طاقت بندگان به آن‌ها تکلیف کرده است. در شبانه روز پنج نماز بر آنها واجب کرد تا آنجا که می‌فرماید و یک حج بر آنها واجب کرده است. حال آنکه مردم بیشتر از این مقدار را می‌توانند انجام بدهند، اما خداوند کمتر از آن مقداری که در توانشان هست، به آن‌ها امر کرده است.<sup>۲</sup>

می‌توان از روایت استفاده کرد که نفی حرج، علت است و هرگاه امتثال تکلیفی برای مکلف موجب زحمت و مشقت شدید شود، آن تکلیف نفی می‌شود.

### ۳-۲-۱-۳. عقل

شکی نیست اگر حرج ناشی از تکلیفی به حد فوق طاقت انسان متعارفی برسد و همین طور اگر حرج ناشی از تکلیف به حد اختلال نظام جامعه و افراد آن برسد، عقل سلیم حکم می‌کند که چنین تکلیفی باید برداشته شود؛ اما محل بحث در قاعده نفی حرج، عسر و حرجی نیست که به حد مالایطاق برسد، بلکه تنها عسر و حرجی است که تحمل آن عادتاً سخت باشد، لذا دلیل عقل در اینجا باید متکفل قبح این چنین تکلیفی باشد.<sup>۳</sup>

برخی از فقها بنای عقلا را در این مورد قبول نداشته و اعتقاد دارند که قاعده نفی عسر و حرج در غیر از آنچه موجب اختلال نظام می‌شود قاعده ظنی است.<sup>۴</sup> برخی دیگر این عقیده را به

۱. مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، چاپ سوم، بیروت، مؤسسه الوفاء، س ۱۴۰۳، ج ۵، ص ۳۰۰.

۲. مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، پیشین، ص ۴۱.

۳. نراقی، احمد، عواید الایام، پیشین، ص ۵۷.

۴. انصاری، مرتضی، فرایداصول، چاپخانه حیدری، یک جلدی، ص ۱۴۵ و جلد اول چاپ جامعه مدرسین، ص ۱۹۶.

مشهور علماء نسبت داده‌اند.<sup>۱</sup> ولی به نظر می‌رسد علت چنین استدلالی این است که بیشتر علما از نفی عسر و حرج به عنوان یک قاعده بحثی نیاورده‌اند و نمی‌توان گفت مشهور علما چنین عقیده‌ای را داشته‌اند. در مقابل، عده‌ای عقیده دارند که قاعده نفی حرج یک قاعده عقلی است و بنای عقلا بر آن استوار بوده است. سید ابراهیم قزوینی در این باره چنین می‌گوید: «تکلیف بر آنچه در آن مشقت غیر قابل تحمل است، عقلاً محال است، چون انگیزه تکلیف غالباً اطاعت و انقیاد است و با تکلیف فوق قدرت و تحمل، نقض غرض می‌شود. دلیل دیگر اینکه تکلیف در این قسم مستلزم امری «خلاف لطف» است که عبارت است از مقرب به طاعت و مبعود از معصیت و در این قسم از تکلیف که اغلب تحمل نمی‌شود مقرب به معصیت است که خلاف لطف است.»<sup>۲</sup>

فقه‌های دیگر نیز عمده دلیل و استدلالی را که در این باره کرده‌اند «قاعده لطف» است، زیرا تشریح تکالیف حرجی و عقاب به خاطر ترک یا انجام آن‌ها خلاف لطف خداوند است.<sup>۳</sup>

«لطف چیزی است که مکلف با آن اقرب به انجام طاعت و ابعاد از انجام معصیت گردد و برای آن بهره‌ای در تمکین نبوده و به حد اجبار بر تکلیف نرسد.»<sup>۴</sup>

برخی جریان قاعده لطف را در این باره نپذیرفته‌اند و گفته‌اند: «اینکه تکلیفی موجب کثرت مخالف باشد، منافات با لطف ندارد، بلکه این تخلفات نقص مکلف است نه قانون. اگر کثرت مخالف موجب عدم انجام تکلیف گردد، اصلاً نباید هیچ تکلیفی باشد، چون اولاً، چه بسا با برخی از تکالیف همگان مخالفت کنند. ثانیاً، لازمه این حرف این است که موجب مخالفت می‌شود و فرقی هم ندارد که مخالفت زیاد باشد یا کم.»<sup>۵</sup>

۱. آشتیانی، محمد حسین، بحرال فوائد، چاپ سنگی، موجود در کتابخانه مرعشی، قم، ص ۲۵.

۲. قزوینی، ابراهیم، ضوابط الاصول، بحث انسداد، چاپ سنگی، ص ۴۹.

۳. تبریزی، موسی، اوثق الوسائل، چاپ سنگی، ص ۱۷۴.

۴. علامه حلی، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، کتابفروشی اسلامیة، ص ۲۴۵.

۵. به نقل از سید ابراهیم قزوینی، پیشین، ص ۵۱.

### ۳-۱-۲-۴. اجماع

در بحث قاعده نفی عسر و حرج نمی‌توان به اجماع به عنوان یکی از مبانی فقهی استناد جست؛ چرا که بر این اجماع ایرادهایی وارد است:

۱. اصل انعقاد اجماع و ادعای نفی خلاف و نیافتن مخالف در مسئله، ناتمام است؛ زیرا اکثر علما این مسئله را به عنوان یک بحث مستقل بیان نکرده‌اند و صریحاً نسبت به عنوان کلی قاعده، اظهار نظر ننموده‌اند؛ گرچه در موارد خاصی از احکام، مانند وضوی حرجی، اکثر علما به قاعده تمسک جست‌اند.

۲. اگر کسی ادعا کند که یکی از مبانی فقهی قاعده، اجماع علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی است، این اجماع همانند بسیاری از اجماع‌هایی که در کلمات علما ادعا و یا حکایت شده است، اجماع مصطلح و تعبّدی که کاشف از رأی و نظر معصوم (علیه‌السلام) باشد نیست، بلکه این گونه اجماع‌ها به خصوص اجماع مورد بحث ما یا مدرک آن‌ها معلوم است و یا دست کم، احتمال مدرکی بودن آن‌ها می‌رود و اجماع مدرکی هم به اتفاق همه فقیهان حجت نیست.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۳. مفاد قاعده

در اینکه آیا مفاد ادله نفی حرج، نفی احکام حرجی به طور حقیقت است یا مجاز، یا نفی حکم است به لسان نفی موضوع، و یا اینکه در واقع مراد از آن نهی است میان علما اختلاف عقیده وجود دارد.

گروهی قائل به «نفی حکم» هستند. آن‌ها معتقدند منظور از لا حرج عدم تشریح حکم ضرری و حرجی می‌باشد بدین معنی که، شارع حکمی که موجب حرج مکلفان شود اصولاً تشریح نکرده است، خواه این حکم تکلیفی باشد خواه وضعی.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، س ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۶۹.

<sup>۲</sup> انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، پیشین، ج ۲، ص ۵۲۴.

گروه دوم معتقد به نفی حقیقت هستند و می‌گویند در قاعده لاجرح، نفی حکم به نحو حقیقی است و چون در عالم تکوین حقیقتاً حرج وجود دارد، لذا این نظریه را بدین نحو می‌توان توجیه نمود که مقصود آن‌ها نفی حقیقی حکم در عالم تشریح است که با عبارت «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» سازگارتر است؛ زیرا به مقام تشریح دلالت دارد.<sup>۱</sup>

گروه سوم علاوه بر ادعای نفی حقیقی موضوع حرجی، حکم مترتب بر آن را نیز نفی می‌کنند؛ لذا از این نظریه «نفی حکم به لسان نفی موضوع» هم تعبیر شده است. به موجب این نظریه، روایاتی از قبیل «لا شک لکثیر الشک» به جای آنکه احکامی را که بر موضوع شک، حمل می‌شود به صورت مستقیم نفی کنند، موضوع را به طریق ادعایی نفی می‌کنند و نفی حکم را که اثر و نتیجه آن می‌باشد، به طور مستقیم از آن اراده می‌کنند. این گروه در حقیقت به نفی اثر معتقدند.<sup>۲</sup>

گروه دیگر از فقها معتقدند حکم قاعده لاجرح از مقام منصب حکومت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) نشأت گرفته که به منظور اداره جامعه صادر شده و بنای آن «نهی سلطانی» است نه نهی شرعی.<sup>۳</sup>

### ۳-۱-۴. قلمرو قاعده

بررسی حدود قاعده عسر و حرج، علاوه بر آنکه برای درک صحیح قاعده لازم است، برای امکان ارزیابی تأثیر آن در تعدیل قرارداد نیز ضروری است. از همین رو، طی چند بحث، به بررسی مهمترین مطالب مرتبط خواهیم پرداخت.

<sup>۱</sup> خوانساری نجفی، موسی بن محمد، منیه الطالب (تقریرات درس نائینی)، پیشین، ج ۲، ص ۲۰۱.

<sup>۲</sup> خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، پیشین، ج ۲، ص ۳۸۱.

<sup>۳</sup> موسوی الخمینی، سید روح الله، الرسائل، نشر طباطبایی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰.

### ۳-۱-۴-۱. وضعیت قاعده در مورد احکام وضعی

در بحث‌های پیشین، به بخشی از مستندات مهم قاعده اشاره شد. بررسی دقیق‌تر منابع مورد استناد، مخصوصاً روایات فراوانی که در این زمینه وارد شده است، حکایت از آن دارد که قریب به اتفاق آن‌ها ناظر به تکالیف شرعی‌اند. حتی عبارت به کار رفته در کلام بسیاری از فقها، اختصاص قاعده به احکام تکلیفی را تلقین می‌کند. پس به این پرسش مهم باید پاسخ داد که آیا احکام وضعی همچون زوجیت و طهارت و لزوم و صحت نیز تحت تأثیر قاعده لاجرح تغییر می‌یابد یا خیر.

دقت در دلایل استنادی قاعده نشان می‌دهد که می‌توان این مجموعه را به دو گروه عمده تقسیم نمود: گروهی که در پاسخ به سؤالات مکلفین یا در بحث از تکلیفی خاص ابراز شده‌اند و گروهی دیگر، که مستقلاً در مقام تبیین قاعده مورد بحث بوده‌اند. اکثر قریب به اتفاق روایات یا آیات گروه نخست، ناظر به احکام تکلیفی‌اند. در حالی که تقریباً تمام مصادیق گروه دوم به صورت مطلق بیان شده‌اند که بدون وجود قرینه نشانگر تخصیص، نمی‌توان پیام آن‌ها را در دایره محدود احکام تکلیفی محصور نمود.

به علاوه، منحصر ساختن قاعده به احکام تکلیفی، عقلاً مانع حصول نتیجه شارع از وضع قاعده است. به عنوان نمونه از دلایل قرآنی گروه دوم، می‌توان به این موارد اشاره کرد: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ»<sup>۱</sup> «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ»<sup>۲</sup>.

همچنین از روایات فراوان موجود، به حدیث حمزه بن طیار اشاره می‌کنیم که امام صادق (علیه‌السلام) در کلامی که فرموده‌اند تا توسط راوی نوشته شود، چنین بیان داشته‌اند: «...به همین ترتیب اگر در همه امور بنگری، کسی را در تنگنا و مشقت نمی‌بینی، مگر اینکه خداوند به او حجت دارد و مشیت خداوند درباره او جاری است... و مردم نسبت به آنچه امر شده‌اند در فراخی و وسعت هستند و هر امری که بیرون از سعه و توان آنان باشد برداشته شده است...»<sup>۳</sup>.

۱. سوره بقره (۲)، آیه ۱۸۵.

۲. سوره مائده، (۵)، آیه ۶.

۳. کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، پیشین، ج ۱، ص ۱۶۵.

بر همین اساس، برخی از اندیشمندان بزرگ فقه، صراحتاً بر شمول قاعده بر احکام وضعی صحه گذاشته‌اند:

«... و خلاصه کلام اینکه، مراد از نفی عسر و حرج و ضیق در این دین مقدس، هر آن چیزی است که در مقابل سعه و آسانی و فراخی باشد. خداوند تبارک تعالی در این دین، که عبارت از مجموعه احکامی که متعلق به احکام مکلفین است یا موضوعات خارجی همانند احکام وضعی مثل طهارت و نجاست و ولایت و زوجیت و امثال آن، حکمی وضع نکرده است که باعث حرج و ضیق باشد»<sup>۱</sup>.

بسیاری دیگر از نویسندگان یا فقیهان نیز که به بررسی موضوع پرداخته‌اند، صریحاً یا ضمناً این نکته را مورد تایید قرار داده‌اند.<sup>۲</sup> وجود برخی شواهد فقهی نیز، علاوه بر تایید نتیجه بحث، امکان تأثیر این حکم ثانوی در نوشت عقد را نیز مورد تایید قرار می‌دهند. همچنان که در بحث لاضرر عنوان شد، برخی فقیهان، امکان فسخ عقد اجاره توسط مستأجر را، در موردی که کندن چاه بر اثر برخورد با لایه های سنگی یا سفت با مشکل مواجه و متعذر گردیده است، به رسمیت شناخته‌اند. نمونه های دیگر از این گونه مصادیق را نیز می‌توان در منابع فقهی مشاهده کرد.<sup>۳</sup> با این همه تعداد آن‌ها اندک است زیرا در گذشته، تغییر و تحولات اقتصادی زمان اجرای عقد به ندرت نسبت به زمان انعقاد تغییر می‌یافته است.

### ۳-۱-۴-۲. وضعیت قاعده نسبت به امور عدمی

بنا به قاعده نفی عسر و حرج، شارع اقدام به وضع حکمی که باعث گرفتار آمدن بندگان در تنگی و مشقت باشد، نمی‌کند و اگر اجرای حکمی در شرایط خاص، باعث عسر و حرج گردد،

<sup>۱</sup>. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۲، ص ۲۵۵.

<sup>۲</sup>. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات عروه الوثقی، مکتبه الداوری، قم، بی تا، ج ۲، ص ۶۵-۶۷.

نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، پیشین، ج ۲۷، ص ۲۹۰.

مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ۱۹۵-۱۹۶.

<sup>۳</sup>. بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظره، موسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا، ج ۲۱، ص ۶۰۱. نجفی، شیخ محمد

حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، پیشین، ج ۲۷، ص ۲۹۱.

منتفی و مکلف از انجام آن تکلیف معاف می‌شود. حال اگر به جای وجود حکم، عدم آن باعث عسر و حرج شود، آیا باز امکان استناد به قاعده وجود خواهد داشت؟ به عبارت دیگر، آیا قاعده نفی عسر و حرج این توان را دارد که برای جلوگیری از مشقت و سختی، به جای نفی حکم، حکم جدیدی را به وجود آورد و اثر اثباتی داشته باشد؟

برخی معتقدند لاجرح نسبت به امور عدمی نیز جاری می‌شود. به اعتقاد اینان، هدف شارع از جعل این حکم امتنانی، برطرف کردن سختی و تنگناهای گریبانگیر بندگان است و در این زمینه نیز تفاوتی وجود ندارد که مشقت و سختی موجود ناشی از حکم وجودی باشد یا عدمی. به علاوه، اینان معتقدند دلایل ناظر به نفی حرج، همانند «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» غالباً مطلقند و دلیلی بر انحصار آن‌ها به احکام وجودی مشاهده نمی‌شود، پس مقید کردن قاعده، دلیلی عقلانی ندارد.<sup>۱</sup> در مقابل، مخالفان معتقدند لاجرح ناظر به نفی حکم شرعی مستلزم حرج است، در حالی که عدم حکم، خود یک حکم شرعی نیست تا در صورت همراه شدن با حرج منتفی شود.<sup>۲</sup> به علاوه، برخی از فقها، گسترش قواعد لاجرح و لاضرر به امور عدمی را دارای چنان نتایجی غیر عادی می‌دانند که پذیرفتن این امر به معنی تغییر بسیاری از احکام الهی و در نتیجه ایجاد فقهی جدید تلقی می‌کنند.<sup>۳</sup>

بررسی منابع معتبر فقه حکایت از آن دارد که پذیرش اثر مثبت برای قاعده عسر و حرج، مورد استقبال قرار نگرفته بلکه بسیاری از اندیشمندان صریحاً به مخالفت با آن پرداخته‌اند. با این حال، این جهت‌گیری بدون استثنا نیز نمانده و به ندرت می‌توان احکامی در این زمینه یافت. به عنوان مثال یکی از فقهای بزرگ شیعه، در موردی که زوج غایب شده و این وضعیت در نتیجه عدم پرداخت نفقه زوجه باعث عسر و حرج زوجه شود- حتی اگر غیبت کمتر از چهار سال باشد- عدم

<sup>۱</sup>. برای دیدن استدلال‌های طرفداران، رک:

کلانتری، علی اکبر، حکم ثانوی در تشریح اسلامی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم، ۱۳۷۸، ص ۲۸۳-۲۸۲.

محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ص ۹۶-۹۷.

<sup>۲</sup>. نراقی، احمد، عوایدالایام، مرکز نشر مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۳۵۷ ش، ص ۵۵.

<sup>۳</sup>. نائینی، محمد حسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، پیشین، ج ۲۲، ۲۲۰.

جواز طلاق را باعث حرج زن دانسته، به استناد نفی عسر و حرج حاکم را محقّ در طلاق زوجه معرفی کرده است.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۴-۳. وضعیت قاعده در تعارض با ضرر یا حرج دیگر

قاعده نفی عسر و حرج، قاعده ای امتنانی است که برای رها شدن متعهد از تکلیف شاق و طاقت فرسا وضع شده است. اما بسیار محتمل است که رهایی مکلف یا متعهدی از تکلیف یا تعهد خویش، ملازم با ورود ضرر یا حرجی به شخص دیگر باشد. به این پرسش اساسی باید پاسخ داد که آیا در چنین شرایطی نیز، اعمال قاعده ثانوی لاجرح، با موازین پذیرفته شده فقهی قابل پذیرش است؟

به عنوان مثال، گفته شده است که هرگاه تصرف مالک در ملک خود باعث ضرر همسایه شود و از سوی دیگر، عدم استفاده، باعث عسر و حرج خود او باشد با مصداقی از تعارض لاجرح و لاضرر

روبروئیم.<sup>۲</sup> در پاسخ به این پرسش، چند ایده مطرح شده است: شیخ انصاری معتقد است در تعارض لاضرر و لاجرح قاعده دوم مقدم می‌شود و مخصوصاً در این راه، به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» استناد می‌کنند.<sup>۳</sup>

اما گروه دیگری که اکثریت با آنان است، معتقدند هر دو قاعده مورد بحث، قواعدی امتنانی و جهت رفع آثار منفی احکام اولیه وضع شده است و هیچ کدام برتری و حکومتی نسبت به دیگری ندارند، بنابراین به دلیل هم عرض بودن آنها، در صورت تعارض، تساقط می‌نمایند و باید به ادله دیگر مراجعه نمود.<sup>۴</sup>

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات عروه الوثقی، پیشین، ص ۶۷.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۱۹۸.

۳. شیخ انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه، باقری، قم، چاپ اول، س ۱۴۱۴. ه. ق، ص ۱۱۷.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۱۹۸. موسوس بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۲۰۵.

### ۳-۱-۴-۴. وضعیت قاعده نسبت به لاضرر

دقت در دو قاعده فقهی لاضرر و لاحرج نشان از وجود شباهت‌های فراوان بین این دو نهاد دارد، به گونه ای که گاه از دلایل اثبات یکی از آنها، برای دیگری نیز استفاده شده است. همچنین تقریباً تمامی دیدگاه‌هایی که در تبیین معنای «لاضرر» بیان شده است (مثل دلالت نفی ضرر بر حکم ضرری، نهی در قالب نهی و...) در تبیین «لاحرج» نیز ارائه شده است. به علاوه، شواهد و مثال‌هایی که برای هر کدام از موارد ذکر شده، غالباً برای دیگری نیز مورد استفاده قرار گرفته است.

از همین رو، برخی اندیشمندان فقه، در تفکیک جایگاه تخصصی این دو نهاد معتقد شده‌اند که هر جا تکلیفی غیر ممکن یا مضر به مصالح اجتماعی نباشد، اما باعث ضرر در جان یا مال یا آبروی مکلف شود جایگاه اجرای قاعده لاضرر و آنگاه که باعث مشقت و سختی برای وی گردد، محل اعمال قاعده «لاحرج» خواهد بود، هرچند اجرای حکم مستلزم ورود ضرر به جان یا مال مکلف نیز نباشد.<sup>۱</sup>

تفکیک یاد شده صحیح است، اما نباید چنین پنداشت که عسر و حرج، همیشه وضعیتی خفیف‌تر از اوضاع احوال ضرری را شامل می‌شود؛ با توجه به آنچه در تشخیص حرجی شدن حکم بیان شد، ممکن است اجرای تکلیف برای فردی متضمن ضرر باشد، اما با توجه به موقعیت و وضعیت خاص اقتصادی و اجتماعی یا جسمی او نتوان اجرای تکلیف را متضمن عسر و حرج برای وی دانست.

بنابراین، رابطه این دو نهاد از نوع عموم و خصوص من وجه است، بدین معنی که در اکثر مواقع، ضرر نامتعارف، با حرج متضرر نیز همراه می‌شود، اما ممکن است عسر و حرجی بدون تحقق ضرر و ضرری بدون تحقق حرج نیز واقع شود. پس، اگر انتفای حکمی، منوط به تحقق عسر و حرج

<sup>۱</sup> مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۱۶۰.

متعهد باشد به صرف وجود ضرر برای وی، نمی‌توان حکم را منتفی دانست، مگر آنکه عرف تحمل چنین ضرری را برای متعهد، عسر و حرج نیز قلمداد کند.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۵. دلالت قاعده

لسان دلیل عسر و حرج، لسان عام و مطلق است و در تمامی مواردی که این وضعیت حاصل شده، قابل اعمال است. آنچه به موجب قاعده عسر و حرج نفی می‌شود، نفس حکم حرجی است، اعم از اینکه این حکم از احکام تکلیفی و یا وضعی باشد. از آیات و روایات و همچنین دلیل عقلی استنباط می‌گردد که آنچه مرفوع است حکم حرجی است و تفاوتی بین احکام تکلیفی مانند نماز و روزه و عبادات دیگر و احکام وضعی از قبیل طهارت، نجاست و ولایت و زوجیت و ملکیت نیست. پس چنانچه در مجموعه احکام متعلق به افعال مکلفین یا موضوعات خارجی، عسر و حرجی بوده باشد، مکلف موظف به انجام آن نیست و در صورت عدم انجام تکلیف، مؤاخذه نمی‌شود. درست است که در روایات وارده معمولاً موضوعاتی مورد سؤال است که مربوط به عبادات از قبیل وضو و غسل است و لیکن همه فقها بر این مطلب اتفاق نظر دارند که کلیه اوامر و نواهی صادره از جانب خداوند تنها در صورتی مأخوذ است که داخل در توانائی و طاقت مکلف باشد.

این موضوع از روایات حمزه بن طیار نیز استنباط می‌گردد که معصوم (علیه‌السلام) فرموده است: «هر چیزی که مردم به آن امر شده‌اند در حد توانائی آنهاست و اگر چیزی خارج از توان و طاقت آنها باشد، از عهده آنها خارج است».<sup>۲</sup>

فقه‌های عظام در برخی از موارد با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، حکم به رفع الزام از تعهدی که موجب مشقت و حرج است، نموده‌اند، که عبارت است از:

۱. اصولاً مالیات زمینی که به اجاره داده می‌شود با مالک زمین است ولی خلاف این امر را می‌توان در عقد اجاره شرط نمود. حال اگر پس از درج شرایط مذکور مالیات زمین به طور

<sup>۱</sup> . لنگرانی، محمد جواد، تقریرات درس بیع از تحریر الوسیله ۴ امام، جلسه ۸۷.

<sup>۲</sup> . موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ص ۲۱۰.

فوق‌العاده افزایش یابد، این مسئله مطرح می‌گردد که آیا مالیات زائد بر میزان متعارف بر عهده مستأجر است یا صاحب زمین؟ میرزای قمی این گونه پاسخ را مرقوم فرموده‌اند «خراج زمین بر صاحب زمین است و در صورتی که بر مستأجر شرط شود که او بدهد بر او واجب می‌شود. ولی اگر در بین، سلطان خراج را زیاد کند وجهی که متعارف نبوده قبل از این، ظاهر این است که زیادی بر صاحب زمین باشد»<sup>۱</sup>.

همان طور که ملاحظه می‌گردد، تأدیه مالیات اضافی و نامتعارف از سوی مالک زمین در حالی که پرداخت مالیات بر مستأجر شرط شده است نوعی تعدیل مفاد قرارداد و مناسب نمودن آن با شرایط جدید می‌باشد، زیرا پرداخت مالیات اضافه بر حد متعارف آن چیزی است که در قلمرو تراضی طرفین مورد نظر نبوده و پرداخت آن از سوی مستأجر خلاف عدالت و انصاف می‌باشد.

۲. در عقد قرض ممکن است برای پرداخت قرض اجلی معین شده باشد، حال چنانچه در موعد پرداخت مقترض به دلیل ناتوانی و یا عسر و حرج استمهال نماید باید مهلت عادلانه ای به وی داده شود تا دین خویش را بپردازد. به همین جهت در فقه امامیه گفته شده که حبس مدیونی که اعسار و تنگدستی وی معلوم است جایز نیست. همچنین از بررسی احادیث و روایات و کلام فقها این گونه استنباط می‌گردد، که از فروش خانه و پرداخت بدهی به نحوی که مدیون و خانواده‌اش در عسر و حرج قرار گیرند باید خودداری شود.<sup>۲</sup>

۳. مالیات زمینی که از طریق مزارعه به دیگری واگذار شده است، علی‌الاصول بر عهده مالک آن زمین می‌باشد، مگر اینکه پرداخت آن کلاً یا بعضاً به عامل واگذار شده باشد. در این صورت اگر حاکم مالیاتی بیش از میزان مقرر وضع کرد؛ حکم این است که مقدار زائد بر عهده مالک زمین است. زیرا پرداخت مالیات اضافی مشمول شرطی نیست که مالیات را بر عهده عامل گذارده است. همچنین به لحاظ مجهول بودن میزان افزایش مالیات اشراط آن در قرارداد ممکن نیست.<sup>۳</sup>

۱. میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، پیشین، ج ۱، ص ۲۹۲.

۲. العاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، شرح لمعه، انتشارات داوری، قم، س ۱۴۱۰ ه. ق، ج ۴، ص ۴۳.

۳. همان، ص ۳۰۳.

۴. در قراردادی که برای حفر چاه بین دو نفر منعقد گردید و به دلیل سختی زمین و یا مواجه شدن با سنگی که بیرون آوردن آن موجب مشقت و دشواری وی می‌گردد، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا حکم وضعی ناشی از انعقاد قرارداد؛ یعنی الزام به انجام تعهد با استناد به قاعده نفی عسر و حرج برداشته می‌شود؟ به عبارت دیگر آیا متعهد ملزم به انجام تعهد است؟ هر چند که اجرای آن وی را در مشقت و دشواری قرار دهد، و یا به دلیل نفی هرگونه حکم حرجی، عقد منفسخ می‌گردد.

صاحب جواهر، در مورد التزام به حفر چاهی که به خاطر صعوبت و سختی زمین، متعهد در عسر و حرج می‌افتد، با استناد به همین قاعده نفی عسر و حرج، حکم حرجی را مرفوع و حکم به رفع الزام متعهد از ادامه حفر چاهی می‌نماید.<sup>۱</sup> فقیه دیگری، مشقت و عسر را به نقل از تذکره به معنی مانع در راه اجرای تعهد آورده و الزام ناشی از تعهد طرف قرارداد مبنی بر حفر چاه را برداشته است.<sup>۲</sup>

عقیده شیخ طوسی نیز در مورد شخصی که برای حفر چاهی اجیر شده است و در حین حفر چاه با سنگی مواجه می‌شود، الزام متعهد به انجام تعهد است. البته این در صورتی است که امکان حفر و یا حتی نقب زدن و دور زدن سنگی که در مسیر حفر چاه پیدا شده است باشد.<sup>۳</sup> اما به نظر می‌رسد منظور ایشان از مشقت، حالتی ضعیف‌تر از عسر و حرج باشد و الا اگر در اثر الزام متعهد به انجام تعهد وی در مشقت و حرج واقع شود و یا حفر چاه مستلزم به کارگیری آلات و ادوات دیگری غیر از آنچه به طور معمول در این‌گونه موارد به کار گرفته می‌شود، باشد و یا مستلزم هزینه‌ای گزاف و غیر متعارف است، به نظر نمی‌رسد که بتوان متعهد را ملزم به انجام کرد.

الزام متعهد به انجام تعهد در شرایط عادی نتیجه اصل لزوم است اما حکم به الزام متعهد در چنین مواردی با عسر و حرج همراه است و فقها با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، حکم مذکور را مرفوع اعلام کرده و متعهد را از انجام تعهد معاف می‌دانند.

۱. نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، پیشین، ج ۲۷، ص ۲۹۱.

۲. حسینی العاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، پیشین، ج ۷، ص ۱۸۷.

۳. طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن، المبسوط، پیشین، ج ۳، ص ۲۳۷.

با توجه به تعابیر مختلفی که فقهای عظام از تعذر، عسر، عجز و اینگونه موارد داشته‌اند،<sup>۱</sup> معلوم می‌گردد که میزان، توانائی و طاقت فرد است. اگر متعهدی در اثر انجام تعهد در عسر و حرج و ضیق و مشقت واقع شد و انجام تعهد خارج از توانائی و طاقت متعارف و میزان تلاش معقولی که باید انجام دهد، باشد وی را باید از انجام تعهد معاف کرد. آنچه به دلیل بروز حوادث غیر مترقبه و یا تغییر اوضاع و احوال و یا دلایل دیگر، اکنون متعهد باید انجام دهد، چیزی نیست که متعاقبین از انعقاد قرارداد و آثار آن انتظار داشته‌اند.

در تقسیم عقلائی تکالیف معلوم گردید که امر به انجام تکالیف خارج از طاقت، به معنی غیر ممکن محال است. تکالیف معمولی که غالباً با کلفت و دشواری تحقق می‌یابد، نیز باید انجام گیرد، خواه از تکالیف عبادی مانند حج و جهاد و روزه باشد و خواه از تعهداتی که انسان در اثر انعقاد قرارداد، به آن‌ها تن داده و خود را ملزم می‌نماید؛ اما بحث اصلی در دو دسته دیگر از تقسیم چهارگانه تکالیف است.

این دو دسته عبارت بودند از:

۱. تکالیفی که شدید دشوار است ولی به حد ضیق و تنگنا نمی‌رسند.

۲. تکالیفی که شدیدترند و به حد حرج می‌رسند.

صرف نظر از تقسیم‌بندی مذکور به نظر می‌رسد که اگر شدت تکالیف و دشواری آن‌ها در حدی باشد که با الزام متعهد و یا مکلف به انجام تعهد وی در مشقت و حرج واقع می‌گردد، مشمول قاعده نفی عسر و حرج است.

### ۳-۲. نقش قاعده در تعدیل قرارداد

منظور از طرح این موضوع بررسی و یافتن پاسخ برای این سؤال است که آیا در صورت بروز حوادث غیر مترقبه و یا تغییر اوضاع و احوالی که قرارداد در آن احوال منعقد شده است و

---

<sup>۱</sup> حسینی العاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، پیشین، ج ۱۷، ص ۱۸۷ و محقق بحرانی حدائق الناظره، پیشین، ج ۱۳، ص ۴۲۲ و ج ۱۶، ص ۳۷.

در نتیجه اجرای تعهد با دشواری و مشقت غیر قابل انتظاری همراه گردیده است، می‌توان متعهد را از انجام تعهد معاف کرد؟ به عبارت دیگر متعهدی که با پذیرفتن شرایط قرارداد، ملتزم به انجام مفاد آن گردیده است، با تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و دشواری اجرای تعهد، باز هم باید به تعهدات خود عمل نماید یا اینکه به دلیل قاعده نفی عسر و حرج می‌تواند از انجام تعهد سرباز زند؟

برای استناد به قاعده نفی عسر و حرج و اثبات معافیت متعهد از انجام تعهد در چنین مواردی مقدماتی را متذکر می‌شویم.

۱. با توجه به مستندات قاعده عسر و حرج معلوم گردید که کلیه احکام و تکالیف حرجی از احکام تکلیفی و احکام وضعی، در صورتی که انجام آن‌ها مستلزم حرج و مشقت شدید باشد مرفوع و مکلف مسئولیتی در قبال انجام آن‌ها ندارد.<sup>۱</sup>

احکام عبادات، معاملات و سیاسات مشمول این حکم بوده و فرقی بین آن‌ها نیست. بنابراین چنانچه التزام به معامله مستلزم حرج و مشقت شدید باشد، قاعده نفی عسر و حرج شامل آن می‌شود.<sup>۲</sup>

۲. ادله قاعده نفی عسر و حرج به ادله اولیه احکام مقدم است. دین اسلام مجموعه‌ای از احکام و قوانین شریعه است و در صورتی که خدای متعال هرگونه حکم حرجی را نفی فرماید، بدان معنی است که اصولاً هیچگونه حکمی که مستلزم مشقت شدید و حرج باشد جعل نگردیده است. همان‌گونه که قاعده لا ضرر مستلزم نفی هرگونه ضرر است در اینجا نیز با تقیید اطلاقات و تخصیص عمومات ادله اولیه، هرگونه حرج و مشقت نفی گردیده است.<sup>۳</sup>

---

<sup>۱</sup> علامه حلی، ابی منصورالحسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۲۸. همچنین ر. ک به

موسوی بجنوردی القواعد الفقهیه، میرزا حسن، پیشین، ج ۱، ص ۲۱۴.

<sup>۲</sup> موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۲۱۴.

<sup>۳</sup> موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، پیشین، ج ۱، ص ۳۵۴ و ج ۲، ص ۲۲۷. انصاری، شیخ مرتضی،

مکاسب، پیشین، ص ۳۷۳. خوانساری، احمد، جامع المدارک، پیشین، ج ۵، ص ۲۱۰.

۳. تشخیص شدت و ضعف تکلیف با عرف است و لیکن ملاک عسر و حرج مشقت مکلف، وضعیت جسمی اوست. به عبارت دیگر ضابطه حرجیت و تعسر، شخصی است نه نوعی.<sup>۱</sup>

۴. نفی تکلیف به وسیله عسر و حرج موقتی و محدود است: به این معنا که تکلیف به اندازه‌ای که برای رفع حالت عسر و حرج لازم است، از عهده مکلف ساقط است و به محض رفع عسر و حرج، چنانچه امکان انجام تکلیف باقی باشد، باید آن را انجام دهد.

۵. قاعده نفی عسر و حرج در غیر مورد تکلیف مالایطاق، قاعده‌ای امتنانی است به این معنا که نفی عسر و حرج از باب لطفی است که خداوند تعالی بر بندگان خود روا داشته است. بنابراین در صورتی تکلیف به سبب عسر و حرج ساقط می‌شود که سقوط آن لطف بر بندگان محسوب شود.<sup>۲</sup> به همین سبب آنجا که تحمل سختی و مشقت لازمه حفظ حیات فرد یا جامعه است، و یا برای تهذیب نفس و کسب کمالات ضرورت داشته باشد، رفع آن با امتنان توأم نیست، در نتیجه تکلیف توأم با چنین مشقتی به موجب قاعده نفی عسر و حرج ساقط نمی‌شود. یکی از نتایج مهم امتنانی بودن قاعده نفی عسر و حرج آن است که هرگاه سقوط تکلیف به موجب این قاعده مستلزم ایجاد عسر و حرج یا ضرر برای دیگری باشد، قاعده مذکور بی‌اثر می‌گردد.<sup>۳</sup>

با توجه به مقدمات مذکور، اگر در قراردادی طولانی مدت در حین اجرای عقد، حوادثی روی دهد که قابل پیش بینی و پیشگیری نبوده، باعث مشقت بار شدن اجرای تعهد برای متعهد شود نیز، اصولاً باید بتوان به قاعده لاجرح استناد نمود. به عنوان نمونه، اگر پیمانکاری ساخت تکمیل مجموعه مسکونی عظیمی را در مقابل ثمن معین بر عهده گیرد و آنگاه در حین اجرای طرح، به علت بروز جنگ یا تحریم‌های اقتصادی علیه کشور، قیمت مصالح اولیه ساخت و ساز پنج یا شش برابر شود، به گونه ای که تکمیل پروژه، علاوه بر عدم سوددهی، باعث ورشکستگی یا فقر و فلاکت پیمانکار شود، باید بتوان به استناد عسر و حرج، به کمک وی شتافت و چون وضعیت به وجود

---

۱. مکارم، شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۱۹۸.

۲. توحیدی، میرزا محمد علی، المصباح الفقاهه (تقریرات سید ابوالقاسم خویی)، ج ۲، ص ۳۸.

۳. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۲۰۱ و ۲۳۳. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، پیشین، ج ۲، ص ۱۶۷. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۱۹۶.

آمده، ناشی از حکم لزوم پایبندی به تعهدات ناشی از قرارداد است، قاعده نفی عسر و حرج باید بتواند با برداشتن جنبه «الزام آور» عقد، امکان تعدیل یا فسخ آن توسط متعهد را فراهم سازد. طرفداران قاعده نفی عسر و حرج معتقدند، پذیرش عملی قاعده توسط قانونگذار، مستلزم امکان حذف جنبه الزام آور عقد، به عنوان عامل ایجاد حرج است.

بر اساس این دیدگاه، اگر وصف الزام آور بودن عقد از بین برود، آنگاه زمینه اجرای تعدیل قرارداد نیز فراهم شده است، چون برای رفع حرج از متعهد، بیشتر از دو راه حل وجود نخواهد داشت: یا باید قاضی شرایط قرارداد را برای رفع عسر و حرج متعهد، تغییر دهد (تعدیل قرارداد) و یا در صورت عدم امکان تعدیل، حکم به جواز فسخ عقد توسط متعهد دهد.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد، دقت نظر بیشتر در قاعده نفی عسر و حرج، نه تنها می‌تواند نتیجه ای به بار آورد که نظام حقوقی ما را به سیستم‌های حقوقی پذیرنده تعدیل قرارداد نزدیک‌تر سازد، بلکه به نظر می‌رسد نتیجه واقعی قاعده نفی عسر و حرج نیز مقتضی چنین نتیجه ای باشد.

برای تبیین این دیدگاه، بیان دو نکته ضروری است :

نخست این که، قاعده نفی عسر و حرج، اصولاً برای از میان برداشتن تکالیف سخت و نامتعارف و مشقت بار مکلفین وضع شده و هدف اولیه آن دخل و تصرف در دایره اصل احکام نیست. به همین دلیل نیز، اصولاً مشقت بار شدن انجام تکلیف، در دیدگاه شرع، فقط تکلیف را، آن هم تا زمان وجود مشقت از دوش مکلف بر می‌دارد، بی آنکه سخنی از رفع اصل تعهد به میان آید. به عنوان مثال اگر مدیونی قادر به تأدیه دین خود نباشد، مگر با مشقت و سختی فراوان، دین ساقط نخواهد شد و رابطه بین متعهد و متعهدله بی هیچ تغییری باقی خواهد ماند و فقط تکلیف فعلی ادای دین ساقط شده، تکلیف شرعی تا زمان رفع مشقت از عهده او برداشته خواهد شد.

نکته دیگری که با دقت در شرایط تحقق تکلیف حرجی قابل استنباط است، این که، اصولاً تا زمانی که امکان رفع حرج به هر نحو ممکن، در عمل مقدور باشد، قاعده نفی حرج کارایی ندارد.

---

<sup>۱</sup> دکتر صادقی مقدم، محمد حسن، تغییر در شرایط قرارداد، چاپ دوم، نشر میزان، تهران، س ۱۳۸۶، ص ۱۲۸. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۱۱۰.

به عبارت دیگر، مکلف باید سعی کند وضعیت مشقت بار برطرف شود تا به تکلیف اولیه خود عمل کند و تنها زمانی می‌تواند از این قاعده استفاده کند که علیرغم تلاش صورت گرفته، امکان رفع عملی موقعیت مشقت بار ممکن نباشد.

### ۳-۳. کاربرد عسر و حرج در تعدیل قانونی

تعدیل قانونی یا توسط قانونگذار با نصّ صریح و به طور مستقیم، یا دادن اختیار تعدیل به قاضی، صورت می‌گیرد. نمونه‌های این گونه تعدیل عبارتند از:

#### ۳-۳-۱. تعدیل توسط قاضی به دستور قانون

قاضی با توجه به اختیاراتی قانونگذار با او داده است اقدام به بازبینی در قرارداد می‌نماید. به عنوان نمونه، ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ را می‌توان ذکر کرد. طبق این قانون که قبل از تصویب قانون سال ۱۳۷۶ در مورد محل‌های تجاری قابلیت اعمال داشت، روابط بین موجر و مستأجر در پایان مدت اجاره قطع نمی‌شد، بلکه قانون به مستأجر اجازه می‌داد حتی با وجود نارضایتی مالک به سکونت در محل ادامه دهد، لذا ممکن بود اجاره سالیانی به طول بیانجامد و در اثر گذشت زمان، تعهدات طرفین نابرابر گردد و مالک خود در حرج بیفتد. به همین علت و در جهت پیشگیری از هر نوع نابرابری، قانونگذار تحت شرایطی خاصی، اجازه در خواست بازبینی در عقد را به طرفین داده بود: «موجر یا مستأجر می‌تواند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی، درخواست تجدید نظر نسبت به میزان اجاره بها را بنماید، مشروط بر اینکه مدت اجاره منقضی شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجر یا از تاریخ حکم قطعی که بر تعیین یا تعدیل اجاره بها صادر شده سه سال تمام گذشته باشد. دادگاه با جلب نظر کارشناس، اجاره بها را به نرخ عادلانه روز تعدیل خواهد کرد. حکم دادگاه در این خصوص قطعی است.»

نمونه دیگر، مربوط به قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ (ه. ش) است. بر اساس این قانون، پس از اتمام مدت اجاره، می‌بایستی عین مستأجره بلافاصله تحویل موجر می‌گردید، لذا

ممکن بود موجب مشقت برای مستأجر گردد. بر همین اساس ماده ۹ این قانون، بازبینی عقد توسط قاضی را مورد پیش بینی قرار داده بود:

«در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به علت کمبود مسکن، موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می تواند مهلتی برای مستأجر قرار دهد.».

آنچه در بحث از امکان بازبینی قرارداد، بیشتر می توان مورد توجه قرار گیرد، ماده ۲۷۷ قانون مدنی که مقرر می دارد «متعهد نمی تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد» می باشد.

### ۳-۳-۲. تعدیل مستقیم توسط قانون

قانونگذار ممکن است به جای اعطای اختیار به قاضی، خود رأساً اقدام به تغییر مفاد عقد نماید. اصولاً چنین مواردی در صورت بروز رخداد‌های مهم اجتماعی همچون جنگ، انقلاب، تحریم و... به چشم می خورد. چون در اثر بروز حوادث یاد شده و عواقب شوم یا غیر قابل پیش بینی آن‌ها، اجرای قراردادهای منعقد شده قبل از آن‌ها، برای یکی از طرفین غیر منطقی و ظالمانه می شود، لذا قانونگذار تقاضای یکطرفه تجدید نظر یا فسخ یا تغییر و تمدید قراردادهای سابق را تجویز می کند. از این قبیل است آیین نامه تعدیل مال‌الاجاره مستغلات مورخه ۱۳۲۴/۷/۲۵ که رسیدگی به اختلاف بین ماجر و مستأجر را از صلاحیت دادگاه‌های عمومی خارج کرد و در صلاحیت هیأت های اداری رسیدگی در ثبت کل قرارداد و به موجب آن، مستأجر می توانست با تقدیم دادخواست به هیأت های مزبور، اجاره نامه های تنظیمی قبل از جنگ یا حتی بعد از جنگ جهانی دوم را به نفع خود تمدید یا فسخ کند و یا شرایط اجاره را تغییر دهد.<sup>۱</sup>

دخالت قانونگذار در قراردادهای خصوصی اشخاص، ممکن است به دو شکل عمده روی دهد:

گاه قانونگذار با تغییر در مدت قرارداد به حمایت زیان دیده می پردازد، به عنوان نمونه ممکن است

<sup>۱</sup> امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، نشر میزان، چاپ اول، س ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶۶.

مدت قرارداد را تمدید کند یا آن را تقلیل دهد یا با تثبیت و تعیین مدت قرارداد بپردازد. گاه نیز ممکن است، تغییری در مفاد قرارداد را برای تعدیل تعهدات دو جانبه لازم ببیند.<sup>۱</sup>

### ۳-۳-۲-۱. قوانین مربوط به مدت قرارداد

همچنانکه در فقه، به طور سنتی بسیاری از قواعد عمومی معاملات در عقد بیع مطرح شده است، جایگاه اصلی بروز دیدگاه فقها و قانونگذار در مورد تأثیر تغییر و تحولات اقتصادی و اجتماعی بر روی عقود نیز، اصولاً عقد اجاره بوده و هست. علت نیز روشن است؛ عقد اجاره، قدیمی‌ترین عقدی است که اجرای آن نیازمند زمان نسبتاً طولانی است. بنابراین ضریب مواجه شدن این عقد با مشکلات زمان اجرا نیز بیش از عقود دیگر است. پس بیش از هر قانون دیگری، باید به بررسی قوانین مربوط به اجاره پرداخت. گرچه بر اساس مقررات قانون مدنی مدت اجاره باید معلوم باشد و با اتمام مدت تعیین شده، عمر عقد نیز به پایان می‌رسد (ماده ۴۹۴ ق. م و لوی در بسیاری از مواقع، طبق قوانین خاص، این قاعده به استثنا خورده است).

در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۳۹ ه. ش، به مستأجر اجازه داده شده بود که هم در مورد اجاره مسکونی و هم اجاره تجاری، پس از پایان عقد اجاره نیز به سکونت در آنجا ادامه دهد.

در تبصره ذیل ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ که در سال ۱۳۶۴ بدان اضافه شد چنین آمد: «در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی و دولتی و مورد اجاره مهاجرین جنگی و رزمندگان را به علت کمبود جای مناسب عسر و حرج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تا رفع عسر و حرج، به مدت پنج سال از تاریخ ۱۳۶۴/۶/۲۸ از صدور حکم خودداری کند و مستأجرین اماکن آموزشی و دولتی مکلفند ظرف این مدت جهت رفع کمبود اماکن، تدابیر لازم اتخاذ نمایند».

<sup>۱</sup>. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۳۷۶-۳۷۷.

در این مورد قانونگذار با توجه به وضعیت جنگی و مشکلات ناشی از این رخداد، عملاً با ملاک قرار دادن قاعده عسر و حرج به تمدید مدت عقد اقدام نموده و رأساً مدت زمان را نیز جهت این تمدید تعیین نموده است.

در ماده واحده مصوب ۱۳۶۸/۷/۱۶ در باب «ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی» نیز چنین آمده است: «به موجب این قانون، تخلیه ساختمان‌های که در اختیار خوابگاه‌های دانشجویی قرار دارند، تا رفع نیاز دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، حداکثر به مدت پنج سال ممنوع است».

همچنین ماده واحده مصوب ۹ شهریور ماه سال ۱۳۷۲ در مورد «ممنوعیت تخلیه اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار وزارت آموزش و پرورش» نیز در تمدید وضعیت قراردادی موجود چنین می‌گوید:

«از تاریخ تصویب این قانون، تخلیه اماکن آموزش و پرورش که در تصرف وزارت آموزش و پرورش می‌باشد پس از احراز عسر و حرج، طبق موازین قضایی توسط دادگاه، تا نیاز وزارت مزبور به مدت پنج سال ممنوع است و اعمال این قانون نافی مطالبه اجرت‌المثل حسب مورد برای مالک می‌باشد».

آنچه بیان گردید مداخله قانونگذار و تمدید مدت عقد در جهت مصالح اجتماعی بود.

### ۳-۲-۲. قوانین مربوط به محتوای قرارداد

علاوه بر آنکه قانونگذار به مناسبت، اقدام به تغییر مدت زمان عقد می‌کند، گاه تأثیر اوضاع و احوال را چنان می‌بیند که برای رفع مشکل طرف زیان دیده، محتوای عقد را مورد بازبینی می‌دهد. این نوع تعدیل عقد به دو صورت عمده روی می‌دهد: یا قانونگذار رأساً به پیش بینی مبلغ تعهد صورت گرفته در قرارداد می‌پردازد، یا اجازه تغییر آن را به فردی که از دیدگاه او متضرر و مغبون است می‌دهد.

اینک به بررسی بخشی از چنین اعمال نظرهای قانونگذار ایران می‌پردازیم:

«لایحه قانونی نحوه ساختمان‌های استیجاری به وسیله وزارتخانه‌ها و شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی» که در تاریخ ۱۳۵۸/۵/۶ توسط شورای انقلاب تصویب شده است، در مورد محل‌هایی که مورد نیاز ادارات، شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی باشد و تاریخ تنظیم اجاره نامه قبل از ۲۲ بهمن ماه سال ۱۳۵۷ باشد، به مستأجر اجازه داده است رأساً و با جلب نظر کارشناس رسمی دادگستری، نسبت به تجدید نظر در میزان اجاره بها و تعدیل آن به نرخ عادلانه اقدام نماید و نظر کارشناس به منزله رای دادگاه تلقی شده است. همچنین، تبصره مصوب آبان ماه سال ۱۳۵۸ در همین مورد قدمی جلوتر نهاده و چنین می‌گوید:

«آراء صادره از محاکم دادگستری که به استناد ماده ۴ قانون موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بر تعدیل مال‌الاجاره بر علیه دولت یا مؤسسات دولتی و شرکت‌های وابسته به دولت، بعد از تاریخ ۲۲ بهمن ماه سال ۱۳۵۷ صادر شده و به مرحله اجرا در نیامده باشد، به تقاضای مستأجر موقوف الاجرا است. دادگاه مکلف است با جلب نظر کارشناس، حکم صادره را با تعیین اجاره بهای عادلانه اصلاح کند رای صادره قطعی است.»

یکی دیگر از موارد مهم این نوع قوانین، ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ بود که به وزارت مسکن و شهرسازی اجازه داده می‌شود ۲ ماه پس از تصویب این قانون، بر اساس آیین نامه ای که توسط وزارتین دادگستری و مسکن و شهرسازی تهیه و به تصویب هیأت دولت برسد، اجاره بهای واحد های مسکونی را با توجه به زیر بنا و کیفیت ساختمان و نوع بنا، با مقتضیات محلی و منطقه ای تعیین و اعلام نماید.

از موارد دیگری که قانونگذار تغییر اوضاع و احوال اقتصادی و در نتیجه تغییر نرخ‌ها را در نظر گرفته است، ماده ۴۱ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام جمهوری اسلامی است. قانون مذکور که در سال ۶۸ توسط مجلس شورای اسلامی تصویب و با توجه به اختلاف نظر بین مجلس و شورای نگهبان به مجمع مذکور ارجاع شده بود، در ماده ۴۱ خود پیش‌بینی می‌کند که: «شورای عالی کار همه ساله موظف است میزان حداقل مزد کارگران را برای نقاط مختلف کشور و یا صنایع مختلف با توجه معیارهای ذیل تعیین نماید:

۱. حداقل مزد کارگران با توجه به درصد تورمی که از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام می‌شود.

۲. حداقل مزد بدون آن که مشخصات جسمی و روحی کارگران و ویژگی‌های کار محول شده را مورد توجه قرار دهد باید به اندازه‌ای باشد تا زندگی یک خانواده که تعداد متوسط آن توسط مراجع رسمی اعلام می‌شود را تأمین نماید.

**\*\*تبصره: کارفرمایان موظفند که در ازای انجام کار در ساعات تعیین شده قانونی به هیچ کارگری کمتر از حداقل مزد تعیین شده جدید پرداخت ننمایند و در صورت تخلف، ضامن تأدیه ما به التفاوت مزد پرداخت شده و حداقل مزد جدید می‌باشند.** اگرچه دخالت در روابط کارگر و کارفرما که ظاهراً یک روابط خصوصی بین آنهاست از این حد هم فراتر رفته- و مواد قانون مذکور گویای این حقیقت است- اما قانونگذار در ماده ۴۱ به این نکته وجه داشته است که تعادل قراردادی بین نیروی کار و مزد در اثر تغییر در اوضاع و احوال اقتصادی و سایر عوامل مؤثر به هم خورده و مستلزم تجدید نظر است. اصلاح قرارداد کار مذکور بین کارگر و کارفرما به دستور قانونگذار بر اساس نرخ تورم و اعلام این نرخ از طریق بانک مرکزی جمهوری اسلامی صورت می‌پذیرد. افزایش مزد کارگر بر اساس نرخ تورم، ناشی از این حقیقت است که تعادلی که در اثر توافق و رضایت طرفین برای انجام کار معینی و یا خدمت در مدت معینی در مقابل فرد معین به وجود آمده بود، در اثر تغییر نرخ تورم که آن هم خود ناشی از تغییرات سریعی است که در روابط تجاری، اقتصادی، سیاسی و حقوقی است به هم خورده و مستلزم ترمیم و اصلاح مجدد است.

قانونگذار نتوانسته است تغییر در اوضاع و احوال اقتصادی را نادیده بگیرد و تغییر مزد کارگر را بر اساس میزان تورمی که هر ساله بانک مرکزی اعلام می‌کند، بر کارفرما تحمیل کرده است. این تحمیل علاوه بر بیان حکم قانونی و نظم عمومی و تنظیم روابط کارگر و کارفرما نشان می‌دهد که قانونگذار برای خود مبنایی داشته است و آن مبنا این است که با تغییر اوضاع و احوال و بالا رفتن هزینه‌ها تعادل موجود بین نیروی کار و مزد کارگر به هم خورده و هر ساله لازم است شورای عالی کار میزان دستمزد را با توجه به میزان تورم به اندازه‌ای تعیین کند تا زندگی یک خانواده متوسط

تأمین شود. ممکن است گفته شود که این قانون تنها جنبه حمایتی داشته و ذهن قانونگذار به نحوه تأمین زندگی کارگر معطوف بوده است. این نکته را نمی‌توان انکار کرد ولیکن قانونگذار بدون توجه به تعادل روابط قراردادی و توازن بین نیروی کار و میزان مزد نمی‌تواند کارفرما را مجبور به تأمین زندگی کارگر نماید و این وظیفه بر عهده سازمان‌های مشخص دیگری از قبیل تأمین اجتماعی و غیره است.

به عنوان آخرین مورد از مصادیق تعدیل قانونی قرارداد که تایید مهمی بر نقش اوضاع و احوال بر قراردادهای از دیدگاه قانونگذار است، آیین نامه شرایط عمومی پیمان است که قریب به ۳۰ سال است مورد اجراست.

می‌دانیم که اجرای قراردادهای پیمانکاری، با توجه به طبیعت این نوع قراردادهای، غالباً نیازمند زمان طولانی است. از سوی دیگر سابقه آن نوع فعالیت‌ها در کشور ما حکایت از تغییرات عمده اقتصادی، از جمله تغییر قیمت مواد اولیه، کالا، دستمزد کارگران و کاهش ارزش پول دارد. بنابراین در عرف رایج چنین قراردادهایی، طرفین به آینده خیالی خود دل نمی‌بندند و غالباً برای اوضاع و احوال متغیر آینده چاره اندیشی می‌کنند تا از آثار نامطلوب حوادث خارج از اختیار خود رهایی یابند.

قانونگذار نیز با درک این واقعیت و پذیرش مبنای منطقی آن، در صدد سرسامان بخشیدن به آن برآمد، با تصویب آیین نامه مورد بحث، قالب و فرمول معینی برای تعدیل نرخ قرارداد در طول اجرای آن در نظر گرفته است.

بر اساس بندهای الف و ب ماده ۳۷ مکرر این آیین نامه، پیمان‌های با مبلغ اولیه بیشتر از پنجاه میلیون ریال، شامل تعدیل آحاد بها خواهند بود و این تعدیل می‌تواند با توجه به افزایش قیمت‌ها وارد در هزینه کار، حداکثر تا بیست و پنج درصد افزایش قیمت را شامل شود. نحوه محاسبه آحاد بها به جای بند های الف و ب ماده ۳۷ آیین نامه چنین بار توسط بخشنامه های جداگانه در سال ۱۳۶۳ و ۱۳۷۰ مورد بازنگری قرار گرفته است.

بررسی موارد متعدد دخالت قانونگذار در قراردادهای خصوصی افراد به علت وقوع حوادث پیش بینی نشده که باعث سنگینی نامتعارف و غیر منتظره تعهدات متعهد می‌گردد- که در این فصل به مناسبت اقتضای بحث فقط به برخی از آن‌ها اشاره شده- نشانگر آن است که مقنن با هر توجیهی که باشد به خصوص قاعده نفی عسر و حرج، در صورت اجتماع شرایط، قائل به تعدیل قرارداد است. وسعت و دامنه مقررات یاد شده نیز به گونه ای است که، نمی‌توان آن‌ها را مقرراتی استثنائی و موردی قلمداد کرد که بنا به مصالحی زود گذر، مورد تصویب و تایید قرار گرفته باشند. اما علیرغم مقررات متعدد و پراکنده در این زمینه، قانونگذار هیچ گاه تمایلی به تصویب مقررہ ای عمومی در این زمینه با حاکمیت قاعده عسر و حرج نشان نداده است.

به نظر می‌رسد جمع بین مصالح، مقتضی آن است که قانونگذار، ضمن پیش بینی امکان تعدیل در اوضاع و احوال استثنایی، به دقت شرایط تحقق عسر و حرج یا طاقت فرسا شدن غیر معمول تعهد برای طرف عقد را نیز در مقررہ مربوطه پیش بینی نماید.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> . بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۴۳۶.

## فصل چهارم

### قاعده حاکم بر تعدیل قضایی



تعدیل قضایی عبارت است از این که، قاضی به استناد حکمی کلی که در قانون آمده و به او چنین اختیاری داده یا با استنباط از مواد مختلف قانونی یا قواعد فقهی پذیرفته شده، مفاد قرارداد منعقد بین افراد را پس از نابرابر شدن تعهدات آن‌ها در اثر حوادث پیش بینی نشده، مورد بازبینی و تغییر قرار دهد. از آنجا که «نظریه عدم پیش بینی» جهت توجیه تعدیل قضایی قرارداد ارائه شده و در نظام‌های مختلف، قبول یا رد تعدیل قضایی قرارداد، در قالب قبول یا رد تئوری عدم پیش بینی توجیه می‌شود، مباحث این فصل حول محور این نظریه ارائه می‌شود.

این تئوری که از پدیده‌های قرن حاضر و پی آمد بحران‌های اقتصادی ناشی از جنگ جهانی است، از طرف نویسندگان، یا قوانین به طور مشخص تعریف نشده است. دیوان کشور بلژیک در رأیی که در سال ۱۹۲۴ صادر کرده، این تئوری را چنین تعریف کرده است: «حادثه‌ای غیر متعارف که در هنگام انعقاد عقد قابل پیش بینی نبوده و تعادل اقتصادی قرارداد را عمیقاً دگرگون کرده است به نحوی که طرف متضرر اگر می‌توانست آن را پیش بینی کند هرگز راضی به قبول آن نمی‌شد».<sup>۱</sup>

تعریفی که استاد کاتوزیان از این نظریه ارائه داده‌اند کم و بیش همین مفهوم را می‌رساند: «حادثه‌ای پیش بینی نشده که اجرای تعهد را محال نمی‌کند (قوه قاهره) ولی آن را به غایت دشوار می‌سازد و تعادل مطلوب بین دو عوض را بر هم می‌زند».<sup>۲</sup>

برای طرح مسئله در حقوق ایران و یافتن راه حل آن بر اساس قاعده لاضرر، ابتدا شرایط لازم برای احراز مشکل و ضروری شدن وفای به عهد مطرح می‌شود.

۱. حادثه ای باید در زمان اجرای عقد وفای به عهد را دشوار سازد که وقوع آن در زمان انعقاد عقد غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب بوده و متضرر قادر به رفع آن نباشد. به علاوه حادثه باید در سطح وسیعی سبب دگرگونی اقتصادی شود و دامنه شمول آن همه را در بر گیرد، یعنی عذر عام باشد نه خاص. اگر حادثه ای به صورت موقت فقط شرایط طرفین عقد را از نظر

---

1. changement ( M.Oh ) DENIS par .cite 565. I.O ,1924 Octobre 30, deCass.belge nt 1986 Bruxelles , contractuelle economie apos; l de bouleversement et circonstance

۲ . کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۳، ش ۵۳۴، ص ۸۱.

اقتصادی تغییر دهد (عذر خاص) در نهایت موجب امهال به مدیون می‌شود نه تعدیل. ملاک قابلیت پیش بینی عرف است؛ اگر حادثه عرفاً قابل پیش بینی باشد یعنی یک فرد معمولی و متعارف در ردیف و موقعیت متعهد بتواند آن را پیش بینی کند، متعهد نمی‌تواند برای رهایی از تعهدات خود به این نظریه استناد کند، هر چند که حادثه برای او بر اثر بی‌توجهی یا عدم آگاهی، واقعاً قابل پیش بینی نبوده باشد.<sup>۱</sup>

۲. حادثه باید سبب تغییر بنیادی در آثار اقتصادی عقد شود. به طوری که، بر توافق اولیه و شرایط عقد از قبیل عوضین تأثیر گذارد.<sup>۲</sup> نکتهٔ حائز اهمیت آن است که، معیار تشخیص به هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد باید نوعی است و اصولاً نباید وضعیت شخص متعهد، معیار چنین سنجشی باشد.<sup>۳</sup> با این همه باید توجه داشت که معیار عرفی، معیاری خشک و بی‌روح نیست، زیرا ممکن است در «تمیز اساسی بودن تغییر» علاوه بر عرف قراردادی و شرایط نوعی تراضی، عوامل و خصوصیات شخص متعاملین نیز تا حدودی مورد توجه قرار گیرد.<sup>۴</sup>

۳. اجرای تعهدات ناشی از عقد مشکل و طاقت فرسا شود، نه غیر ممکن. اگر اجرای تعهد غیر ممکن شود حادثه مزبور تحت عنوان فورس ماژور قابل بحث است نه تغییر اوضاع و احوال.<sup>۵</sup> به همین جهت، در اجاره زمین برای زراعت، گاه فقها بین قطع کامل آب که آبیاری ممکن نیست و تقلیل آب که فقط آبیاری را مشکل می‌سازد تفاوت قائل شده‌اند.<sup>۶</sup>

۴. قرارداد مبتنی بر این امر باشد که در طول اجرای عقد اوضاع و احوال تغییر نخواهد کرد.<sup>۷</sup>

۵. قاعده تنها در عقود معوض قابل اعمال است و در عقود رایگان و قراردادهایی که با مسامحه واقع می‌شوند (مانند صلح و ضمان) اثری ندارد، چرا که از آغاز نیز ضرورتی ندارد که بین

---

۱. همان، ج ۴، ش ۷۹۶، ص ۲۲۱.

۲. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دار الفکر، دمشق، ۱۴۰۹ ه. ق، چاپ سوم، ج ۴، ص ۳۰۱.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۴، ش ۲۲۱، ۷۹۶.

۴. شفایی، محمد رضا، تغییر اوضاع و احوال بر قراردادها، پیشین، ص ۱۲۳.

۵. حسین آبادی، امیر، تعادل اقتصادی در قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه بهشتی، ش ۱۹-۲۰، ص ۱۲۳.

۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، سوال و جواب، پیشین، ص ۳۲۳.

۷. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۹۱.

دو عوض تعادلی برقرار باشد. در میان عقود معوض نیز قراردادهای احتمال را که مبنای استقبال از خطر و احتمال ضرر فاحش واقع می‌شود باید از این قلمرو خارج کرد. برای مثال در عقد بیمه نمی‌توان از نابرابری شدید دو عوض در نتیجه وقوع خطر شکوه کرد.

۶. حادثه‌ای که تعادل قرارداد را بر هم می‌زند، وقتی موجب تعدیل و یا معافیت متعهد از

اجرای تعهد یا پرداخت خسارت می‌گردد، که از شخص وی یا اشخاص و اشیای تحت محافظت او ناشی نشده باشد.

۷. نظریه تعدیل در قراردادهایی قابل اعمال است که اجرای تعهد به صورت مستمر صورت

می‌گیرد.<sup>۱</sup> در این نوع قراردادها باید، مجموع سود و زیان متعهد در جریان قرارداد مورد توجه باشد، بنابراین اگر سود حاصل در نتیجه نوسان بهای کالاها و خدمات در دورانی باشد زیان دوران دیگر را جبران کند، عقد را نباید ضرری و حرجی دانست.<sup>۲</sup>

در نتیجه در فورس ماژور امکان اجرای عقد نیست. در صورتی که، در تغییر اوضاع و احوال

امکان اجرای عقد وجود دارد، اما اجرای تعهد از نظر اقتصادی به ضرر یکی از طرفین است. در صورت وقوع فورس ماژور متعهد از اجرای عقد معاف می‌شود. لکن در تئوری عدم پیش بینی با توجه به امکان اجرای عقد قرارداد تعدیل می‌شود و فقط در مواردی که تعدیل ممکن نیست با فسخ عقد متعهد از اجرای عقد معاف می‌شود.<sup>۳</sup>

اجرای نظریه عدم پیش بینی از دیدگاه بسیاری از حقوقدانان مخالف اصل اساسی حاکمیت

اراده تلقی می‌شود، به علاوه به طور طبیعی نیز، اصل بر اجرای مفاد قرارداد و ایجاد تغییر در آن خلاف اصل و نیازمند دلیل است. پس بدیهی است که پذیرفتن نظریه و نتایج حاصل از آن جز از طریق اثبات مبنای محکم و قانع کننده آن ممکن نیست طرفداران نظریه از ابزارها و قواعد مختلفی برای توجیه آن بهره برده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

---

۱. سنهوری، عبد الزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، قم، چاپ سوم، س ۱۹۸۸، ص ۷۱۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۴، ش ۷۹۶، ص ۲۲۱.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۹۲.

## ۱. دارا شدن بدون سبب (غیر عادلانه)

این نظریه بیش از هر امری، متکی به قواعد اخلاقی بوده و مخصوصاً بر محور انصاف و عدالت استوار است. بر اساس این نظریه، در قراردادهای طولانی مدت، به لحاظ طبیعت قرارداد، امکان نوسان در ارزش عوضین امری قابل پیش بینی است، بلکه یکی از مهمترین کارکردهای چنین عقود مصون ماندن از ضرر و زیان های احتمالی آینده، یا حتی سود بردن از آنهاست. پس به استناد زیان قراردادی، نمی توان مدعی عدم اجرای عقدی اشکالی در ادامه اجرای آن بود. با اینهمه، گاهدر چنین عقود به علت بروز حوادث غیرمترقبه، تعدل تعهدات متعاقبین چنان نامتعادل می گردد که اجرای آن معنی به دست آوردن سودی سرشار برای یکی از طرفین است. به اعتقاد طرفداران نظریه گرچه تعهدات قراردادی لازم الاجرا نیستند، اما مطالبه سود غیر متعارفی که ناشی از حوادث خارجی است، امری فراتر از الزامات قراردادی و نوعی بهره وری ناعادلانه از قرارداد فیما بین است.<sup>۱</sup>

## ۲. اراده مشترک

طرفداران این نظریه معتقدند، آنچه باعث ایجاد حق بازبینی در مفاد عقد می شود، اراده اصلی و واقعی طرفین به هنگام انعقاد آن است و ریشه نظریه عدم پیش بینی را باید از خواست مشترک طرفین استنباط نمود و نه از دلایل خارجی.<sup>۲</sup>

## ۳. سوء استفاده از حق

«سوء استفاده از حق به موردی گفته می شود که، شخص کار مباحی را در حدود حق خویش انجام می دهد، ولی هدف آن اضرار به دیگران است نه رفع احتیاج و رفع ضرر از خود».<sup>۳</sup> طرفداران مبنای «سوء استفاده از حق» معتقدند، همیشه متعهد له می تواند مطالبات خویش را از متعهد مطالبه کند، اما درخواست این امر در صورتی که شرایط نظریه عدم پیش بینی فراهم باشد، نوعی سوء استفاده از حق است.<sup>۴</sup>

2. Ripert (G) La regle moral dans les obligation civiles, n 86-87.

<sup>۲</sup> . بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۱۳۲.

<sup>۳</sup> . کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، دانشگاه تهران، چا سوم، س ۱۳۷۰، ش ۱۸۴.

<sup>۴</sup> . بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، پیشین، ص ۱۴۳.

#### ۴. رفتار خلاف حسن نیت

از دیگر قواعد حقوقی که دکترین و رویه قضایی برخی کشورها برای توجیه نظریه عدم پیش بینی مورد استفاده قرار گرفته است، ضرورت اجرای با «حسن نیت» قرارداد است. به اعتقاد طرفداران این نظریه، وقتی تعهد مدیون در اثر اوضاع و احوال پیش بینی نشده، گزاف و سنگین شود، فشار آوردن دائن به مدیون، مخالف حسن نیت است.<sup>۱</sup>

بررسی‌های صورت گرفته نشان می‌دهد که بیشتر قواعد مورد اشاره با انتقادات جدی رو به رو شده‌اند به علاوه کنکاشی مختصر در فقه و قواعد فقهی دلالت بر عدم امکان استناد بر بسیاری از آن‌ها دارد از همین رو آن دسته از حقوقدانان ایرانی که به بررسی مسئله پرداخته یا در صدد توجیه تعدیل قضایی بر آمدند تنها از چند قاعده یا نظریه محدود بر این امر استفاده کرده‌اند بر همین اساس در فصل حاضر به بررسی محتمل‌ترین قاعده توجیه نظریه عدم پیش بینی در حقوق ایران یعنی قاعده «لاضرر» می‌پردازیم.

---

1. Ripert (G), op. cit., n 84 et s.

#### ۴-۱. قاعده لاضرر در فقه

از جمله قواعدی که در تعدیل یا تکمیل نصوص شرعی کاربرد مؤثر دارد و احکام فرعی فراوانی از آن متفرع شده است قاعده لاضرر می‌باشد. اهمیت قاعده یاد شده به اندازه ای است که شماری از متفکران اسلامی، از آن به عنوان راز و رمز هماهنگی اسلام با پیشرفت‌ها و توسعه فرهنگ یاد کرده‌اند، از باب نمونه شهید مطهری می‌نویسد:

«یکی دیگر از جهاتی که به این دین خاصیت تحرک و انطباق بخشیده و آن را زنده و جاوید نگه می‌دارد، این است که یک سلسله قواعد و قوانین در خود این دین وضع شده که کار آن‌ها کنترل و تعدیل قوانین دیگر است. فقها این قواعد را قواعد «حاکمه» می‌نامند، مانند: قاعده «لا حرج» و قاعده «لا ضرر» که بر سر تا سر فقه حکومت می‌کنند. کار این سلسله قواعد کنترل و تعدیل قوانین دیگر است. در حقیقت اسلام برای این قاعده‌ها نسبت به سایر قوانین و مقررات خود حق «وتو» قائل شده است»<sup>۱</sup>.

#### ۴-۱-۱. مفهوم ضرر

بعضی کلمه ضرر را امری وجودی و ضد نفع معنا کرده‌اند و بعضی دیگر آن را عدم نفع در موضوعی که قابلیت نفع دارد، گفته‌اند. با توجه به معنای عرفی ضرر و همچنین مستفاد از حدیث سمره بن جندب، ضرر به معنی حرج و مشقت و شدت و ضیق نیز به کار می‌رود. پس ضرر ممکن است نقص در مال و یا ورود مشقت و ضیق به کسی باشد. گرچه بعضی نقص بر عرض و آبرو نیز معنا کرده‌اند.<sup>۲</sup> اما از موارد استعمال و معنای لغوی و مستفاد از احادیث معلوم می‌گردد که در این معنی استعمال نشده است.<sup>۳</sup>

۱. شهید مطهری، مرتضی، «نظام حقوق زن در اسلام»، انتشارات صدرا، تهران، بی تا، ص ۱۳۵-۱۳۶.

۲. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۱۷۸.

۳. موسوی خمینی (امام)، سید روح الله، الرسائل، پیشین، ج ۱، ص ۲۸.

#### ۴-۱-۲. مدارک قاعده لاضرر

قاعده لاضرر مدارکی از کتاب، سنت، اجماع و بناء عقلاء دارد که؛ به ترتیب ذکر می گردد:

#### ۴-۱-۲-۱. کتاب

در قرآن مجید آیات بسیاری وجود دارد که با تصریح به واژه ضرر و مشتقاتش در موارد خاص، احکامی را ارائه کرده‌اند که، لاضرر را به صورت یک قاعده می‌تواند تثبیت کند. در اینجا به ذکر چند نمونه از آن می‌پردازیم:

۱. «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ»<sup>۱</sup>، یعنی نباید مادری به والدش ضرر برساند و نیز نباید پدری به فرزندش زیان بزند. در این آیه مادران از قطع کردن شیر خود که موجب زیان و ضرر فرزند خود شوند نهی شده‌اند.

۲. «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»<sup>۲</sup>، گروهی از مردان، زنان خود را طلاق داده، سپس به آن‌ها رجوع می‌کردند و این رجوع مجدد نه به علت رغبتی بود که به آن‌ها داشتند، بلکه با نیت تجاوز و تعدی و احیاناً پایمال کردن حقوق مالی ناشی از زوجیت بود که به زنان مطلقه تعلق می‌گرفت. قرآن کریم در این آیه، مردان را از این عمل نهی کرده است.

۳. «وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ»<sup>۳</sup>، کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند. یعنی کاتب و تنظیم کننده دین و معامله (سندنویس) نباید امری را که غیر واقع است بنویسد و همچنین شاهد باید دقیقاً به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نکاهد.

#### ۴-۱-۲-۲. سنت

روایت «لاضرر» به صورت متواتر در کتاب‌های فقه و حدیث شیعه و اهل تسنن وجود دارد؛ منتها این تواتر لفظی نیست؛ چرا که همه روایات مذکور به یک لفظ نیست ولی دارای مضمون و

۱. سوره بقره، (۲)، آیه ۲۳۳.

۲. همان، (۲)، آیه ۲۳۱.

۳. همان، آیه ۲۸۲.

معنای واحدی است و به عبارت دیگر «تواتر معنوی» دارد و لذا فخرالمحققین در «ایضاح الفوائد» ادعای تواتر معنوی این روایت کرده است.<sup>۱</sup> از جمله آن اخبار، که از لحاظ سند صحیح‌تر و از لحاظ دلالت روشن‌تر شمرده شده، خبری است که کلینی در کتاب «کافی»، از ابن مسکان، از زراره، از ابی جعفر امام باقر (علیه‌السلام) نقل کرده است که: «در زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) سمره بن جندب در جوار خانه مردی از انصار، درخت خرمايي داشت که راه رسیدن به آن از داخل ملک آن مرد انصاری می‌گذشت. سمره برای سرکشی به آن درخت و انجام امور آن بارها سرزده وارد ملک مرد انصاری می‌شد و بدین ترتیب باعث مزاحمت خانواده او می‌گردید تا این که عرصه بر صاحب خانه تنگ شد و به سمره گفت تو بدون اعلام و اطلاع وارد منزل من می‌شوی، در حالی که ممکن است اعضای خانواده‌ام در وضعیتی باشند که تو نباید آن‌ها را ببینی. از این رو بعد از این، هنگام عبور اعلام کن و اجازه بخواه، تا اهل خانه‌ام مطلع باشند. سمره گفت من از میان خانه تو به سوی باغ خودم می‌روم و چون حق عبور دارم لزومی به اعلام و اخذ اجازه نمی‌بینم. مرد انصاری مجبور شد به رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) شکایت کند. حضرت به سمره گفت بعد از این به هنگام عبور، حضور خودت را اعلام کن. سمره گفت این کار را نخواهم کرد. حضرت (صلی الله علیه و آله و سلم) گفت از این درخت دست بردار و به ازای آن درخت دیگری با این اوصاف به تو می‌دهم. سمره قبول نکرد. آنگاه حضرت فرمود در مقابل آن درخت، ده درخت بگیر و دست از آن بردار و سمره باز هم قبول نکرد. پس حضرت فرمود دست از درخت بردار و به جایش در بهشت یک درخت خرما به تو خواهیم داد؛ اما آن ملعون این بار هم نپذیرفت تا این که رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود: «لاضرر و لاضرار»؛ بعد از آن دستور داد آن درخت را کنند و نزد سمره انداختند».<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> فخرالمحققین، محمد بن حسین بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، مؤسسه مطبوعاتی

اسماعیلیان، قم، چاپ اول، ۱۳۸۷ ه. ق، ج ۲، ص ۴۸.

<sup>۲</sup> کلینی، محمد بن یعقوب، فروع کافی، پیشین، ج ۵، ص ۲۹۲.

۲. عقبه بن خالد از امام صادق (علیه‌السلام) نقل کرد که فرمود: رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) بین کسانی که در زمین یا خانه شریک هستند، حکم به شفعه نمود و فرمود «لاضرر و لاضرار»<sup>۱</sup>.

۳. عقبه بن خالد از امام صادق (علیه‌السلام) نقل کرد که فرمود: رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) میان اهل مدینه در مورد آب خورگاه درختان نخل، این گونه حکم کرد که نباید مانع نفع رساندن چیزی شد؛ و میان اهل بادیه چنین حکم کرد که نباید از زیادی آب مانع شود تا مانع زیادی گیاهان نشود، پس فرمود «لاضرر و لاضرار»<sup>۲</sup>.

#### ۴-۱-۲-۳. اجماع

اجماع فقهای اسلام، اعم از شیعه و سنی، بر حجیت این قاعده است و مستند آن‌ها همین روایت «لاضرر و لاضرار» است البته باید گفت این اجماع لبی و مدرکی است با توجه به این ادله و روایات صورت گرفته و بنا به همین دلیل، حجت نیست و هیچگونه ارزش فقهی و حقوقی ندارد؛ زیرا اجماع اصولی زمانی حجت است که محقق سنت و کاشف از رای معصوم (علیه‌السلام) باشد.

#### ۴-۱-۲-۴. بناء عقلاء

صرف نظر از دلائل لفظی در مورد قاعده لاضرر به نظر می‌رسد بنای عقلاء پشتوانه محکمی برای این قاعده باشد. بی تردید بنای عقلا در این امر محقق است که در زندگی اجتماعی و مدنی زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپسند و ثانیاً عامل زیان در مقابل زیان دیده مسئول پرداخت خسارت است؛ لذا این اصل در حقوق بیشتر کشورها، تحت عنوان «عدم جواز سوء استفاده از حق» مطرح شده است. در مورد چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس ردع و منعی واصل نشده که از این رهگذر، امضای شارع احراز می‌گردد.<sup>۳</sup>

۱. کلینی، محمد بن یعقوب، فروع کافی، پیشین، ج ۵، ص ۲۸۰.

۲. شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه، پیشین، ج ۱۷، ص ۳۳۳، ح ۲.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۱۳۴.

#### ۴-۱-۳. مفاد لاضرر

قبل از استفاده از قاعده لاضرر در برداشتن حکم ضرری، مفاد قاعده مذکور را مورد بررسی قرار می‌دهیم. فقهای عظام در استناد به روایات وارده چند وجه مهم را ذکر کرده‌اند:

#### ۴-۱-۳-۱. نظریه شیخ انصاری

از نظر شیخ انصاری مفاد جمله لاضرر و لاضرار عبارت است از نفی احکام شرعی ضرری و عدم جعل آن از ناحیه شارع؛ یعنی شارع با این بیان، جعل هر حکمی را از سوی خود که منشأ ضرر باشد، منتفی اعلام نموده است. از باب مثال، می‌توان گفت: حکم نمودن شارع به لازم بودن بیع غبنی، موجب تضرر مغبون می‌شود. بنابراین، چنین حکمی در شریعت اسلامی جعل نشده است.<sup>۱</sup>

#### ۴-۱-۳-۲. نظریه محقق خراسانی

از نظر صاحب کفایه نفی در جمله لاضرر و لاضرار؛ نفی حقیقی است و به معنای نهی نیست، ولی نه از باب نفی حکم ابتدائاً و به طور مستقیم بلکه از باب نفی حکم به لسان نفی موضوع می‌باشد. همانند دو جمله «لاشکّ لکثیر الشکّ» و «لاربا بین الوالد و الولد» که در این دو جمله هدف از نفی شک و نفی ربا، نفی اثر آن‌ها است نه نفی خود آن‌ها.<sup>۲</sup>

#### ۴-۱-۳-۳. نظریه شیخ الشریعه اصفهانی

از نظر این محقق نفی ضرر در این قاعده، برخلاف اصل اولیه، نفی جنس نیست بلکه، مقصود شارع نهی از ضرر به دیگران بوده است. به عبارت دیگر، قانونگذار نهی از اضرار به دیگران را

<sup>۱</sup> انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه، پیشین، ص ۱۱۴ به بعد.

<sup>۲</sup> آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم، کفایة الاصول، پیشین، ج ۲، ص ۳۸۱.

در قالب نفی بیان کرده است. وی برای تثبیت این دیدگاه به جملات فراوانی از کتاب و سنت از جمله: آیه «فَلَا رَفَتْ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ»<sup>۱</sup> استشهاد می‌کند.<sup>۲</sup>

#### ۴-۱-۳-۴. نظریه ملا احمد نراقی

منظور از لاضرر، نفی ضرری است که غیر متدارک و جبران نشده باقی بماند. در این دیدگاه «لا» به معنی نفی جنس به کار رفته اما نه نفی هر نوع ضرری، بلکه غیرمتدارک بودن را باید در تقدیر بدانیم. نتیجه این که، بر اساس این دیدگاه هیچ ضرری نباید بدون جبران بماند و همه موظف شده‌اند خسارات وارده توسط خود به دیگران را جبران نمایند.<sup>۳</sup>

#### ۴-۱-۳-۵. نظریه امام خمینی

نفی در حدیث «لاضرر و لاضرار» به معنای نهی است، ولی این نهی حکم شرعی الهی، مانند نهی از غصب و کذب نیست، بلکه نهی در اینجا، حکم مولوی سلطانی است و وجه صدور آن از پیامبر (صلی الله علیه و آله) نیز این است که ایشان حاکم و سلطان بر امت اسلامی بوده است.<sup>۴</sup>

#### ۴-۱-۳-۶. نظریه برخی از فقهای معاصر

در قاعده لاضرر، «لا» به معنای نفی است نه به معنای نهی و مصدر و فاعل ضرر، خود مردم، بعضی نسبت به بعضی دیگر هستند، نه شارع و تکالیف او (برخلاف نظریه اول و دوم که در آن‌ها، منشأ ضرر، تکالیف شارع دانسته شده است). غایت و هدف از این قاعده، با توجه به این که در جامعه بالوجدان، ضرر یافت می‌شود خبر دادن از عدم امضای ضرر تکلیفاً و وضعاً است.<sup>۵</sup>

۱. سوره بقره، (۲)، آیه ۱۹۷.

۲. اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، مسئله لاضرر، پیشین، ص ۲۴-۲۷.

۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، پیشین، ص ۱۸ به بعد.

۴. موسوی خمینی، سید روح الله، تهذیب الاصول، بی تا، ج ۲، ص ۱۱۲-۱۱۷.

۵. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۶۱-۶۵.

سبحانی، جعفر، قاعدتان فقیهان، ص ۵۶-۵۹.

از مجموع نظرات، نظر شیخ انصاری مبنی بر نفی حکم ضرری بیشتر مورد استقبال قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

با استفاده از تمامی نظرات گذشته، به نظر می‌رسد که معنای حدیث «لاضرر و لاضرار» به کوتاه سخن، آن است که، ضرر در اسلام مشروعیت ندارد. ولی عدم مشروعیت ضرر هم شامل مرحله قانونگذاری می‌شود و هم مرحله اجرای قانون. رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) با جمله «لاضرر و لاضرار» وجود ضرر را در محیط تشریح معدوم اعلام کردند. در مرحله اجرا یعنی در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر نیز چنانچه عملی منجر به اضرار فردی به دیگری گردد مورد امضای شارع نخواهد گرفت.

#### ۴-۱-۴. قلمرو قاعده لاضرر

بررسی قلمرو قاعده لاضرر، علاوه بر آنکه برای درک صحیح قاعده لازم است، برای امکان ارزیابی تأثیر آن در تعدیل قرارداد نیز ضروری است. از همین رو، طی چند بحث، به بررسی مهمترین مطالب مرتبط خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱-۴-۱. ضابطه شخصی بودن ضرر

منظور از نوعی و شخصی بودن ضرر این است که، آیا باید حادثه را با افراد عادی و معمولی سنجید یعنی باید در ارتباط با نوع افراد در نظر گرفت؛ یا باید وضع شخصی را که ضرر بر او وارد آمده ملاک قرار داد. این سؤال در جایی که تعارض ضررین باشد مطرح و پاسخ آن می‌تواند راهگشای موضوع باشد. در فرض تعارض ضررین و در شرایطی که هیچ رجحانی برای هیچ یک از دو ضرر نباشد، ضابطه این است که باید ضرر کمتر را گرفت و نفی ضرر بیشتر را مقدم دانست.<sup>۲</sup> در همین جاست که ضابطه شخصی بودن و نوعی بودن ضرر مطرح می‌شود.

۵. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۱۵۶.

موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۱۹۴.

۲. بهرامی، حمید، قواعد فقه، نشر دانشگاه امام صادق، تهران، س ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۰۹.

اغلب فقیهان از جمله شیخ انصاری<sup>۱</sup> و میرزای نائینی ضابطه شخصی را ارجح می‌دانند. مرحوم نائینی برای شخصی بودن ضابطه ضرر، از امتنان نیز استفاده می‌کند و می‌گوید: اینکه تشریح قاعده لاضرر بر مبنای امتنان بوده اقتضا دارد که ضابطه ضرر شخصی باشد نه نوعی.<sup>۲</sup>

#### ۴-۱-۴-۲. معیار قاعده لاضرر

از توجه در مدارک «قاعده لاضرر» و موارد کاربرد وسیع این قاعده در آراء و نظریات فقها به خوبی روشن است، که به نظر فقهای امامیه محدوده عملکرد و شمول قاعده لاضرر «قصد اضرار» نیست. برای آنکه قاعده مزبور اعمال شود هیچ ضرورتی ندارد که در عمل زیانبار شخص، «عمد و قصد» و حتی «تقصیر» وجود داشته باشد. در هر جا از ناحیه کسی به دیگری ضرری برسد این قاعده شامل آن می‌شود. بنابراین اگر از اصل چهلم قانون اساسی به نظر می‌رسد که قصد اضرار را در نظر دارد، نتیجه سهوی است که بر قلم قانونگذار رفته است. وگرنه چنین انحصاری در قاعده لاضرر نیست. به همین علت پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) در داستان سمره که قطعاً قصد اضرار داشت تنها واژه ضرار را بکار نبرده و با کلام عام الشمول خود فرمود «لاضرر و لاضرار» تا هم ضررهای ناشی از قصد اضرار را در برگیرد و هم ضررهای بدون قصد اضرار را شامل شود.<sup>۳</sup>

همچنین در روایاتی مثل روایت شفعه نیز تصریح شده که آن حضرت حکم به شفعه فرمود و علت حکم خود را «لاضرار و لاضرار» بیان داشت در حالی که شفعه هیچ وقت مقید به وجود قصد اضرار نیست.

از توجه در نظریاتی که از پیشوایان مذاهب فقهی اهل سنت و فقهای پس از آنها نقل شده نیز این نکته روشن می‌شود که، فقه اهل سنت در مورد قاعده لاضرر ضابطه روشنی ندارد. اگرچه فقیهان اهل سنت در بسیاری موارد به قصد اضرار توجه داشته‌اند، ولی چون در عمل ضابطه مزبور

<sup>۱</sup> انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، پیشین، ص ۳۷۴، چاپ رحلی.

<sup>۲</sup> نائینی، شیخ محمد حسین، منیة الطالب، پیشین، ج ۳۳، ص ۴۲۶ به بعد.

<sup>۳</sup> بهرامی، حمید، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۹۸.

نمی‌توانسته همه مسائل و مشکلات را حل کند؛ لذا به معیارهای دیگر از جمله: معیار فقدان نفع، ضابطه خسارت عمومی و ضرر زیان فاحش و در نهایت به استحسان و استصلاح متوسل شده‌اند.<sup>۱</sup>

#### ۴-۱-۴-۳. رابطه قاعده لاضرر با دیگر ادله احکام

در این مورد نظرات مختلفی از سوی فقیهان ابراز شده که معروفترین آن‌ها به عبارتند از:

#### ۴-۱-۴-۳-۱. نظریه شیخ الشریعه اصفهانی

مطابق نظر این فقیه که لاضرر را به نهي از ضرر تفسیر نموده‌اند، این قاعده ارتباطی با سایر احکام اولیه ندارد؛ زیرا مثلاً مطابق دلیل لزوم بیع، وفاداری به عقد واجب است، دلیل غضب می‌گوید غضب حرام است. در کنار آن‌ها حدیث لاضرر هم می‌گوید اضرار به دیگران حرام است. در این معنا رابطه ای بین دلیل لاضرر با سایر ادله حاصل نمی‌شود.<sup>۲</sup>

#### ۴-۱-۴-۳-۲. نظریه امام خمینی

قاعده نفی ضرر یک امر سیاسی و حکومتی است، صرفاً با قاعده تسلط تعارض می‌یابد و در مقام معارضه و برخورد قلمرو تسلیط را که از احکام اولیه است محدود می‌کند و به آن حکومت دارد. ولی برخوردی با ادله دیگر ندارد.<sup>۳</sup>

#### ۴-۱-۴-۳-۳. نظریه مشهور فقها

مشهور فقها تقدم قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه را بر اساس حکومت توجیه نمودند؛ و دلیل لاضرر را حاکم بر ادله اولیه دانستند. در رأس طرفداران این نظریه شیخ انصاری قرار دارد.<sup>۴</sup>

۱. بهرامی، حمید، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۱۳۰.

۲. اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، مسئله لاضرر، پیشین، ص ۲۴.

۳. موسوی خمینی، سید روح الله، الرسائل، پیشین، ج ۱، ص ۴۷ به بعد.

۴. انصاری، مرتضی، ملحقات مکاسب، پیشین، ص ۳۷۳.

#### ۴-۱-۴-۴. تراحم دو ضرر

در موارد بسیاری اعمال حق در دفع ضرر از خود با دیگران برخورد می‌کند. از جمله مصادیق آن موارد ذیل می‌باشد:

۱. اضرار به غیر برای رفع ضرر از خود

۲. تحمل ضرر برای دفع ضرر از غیر

۳. تعارض ضررین

محل بحث ما تعارض ضررین می‌باشد؛ چون در مبحث تعدیل قرارداد بیشتر کاربرد دارد. تعارض ضررین به این معناست که دو حکم ضرری با هم تعارض داشته باشد؛ به شکلی که اگر یکی از آن دو حکم نفی شود مستلزم حکم به ثبوت ضرر دیگر است. در مورد تعارض یا تراحم راه حل این است که باید دو موردی که تعارض دارند با هم سنجیده شوند، اگر چنانچه برای هر یک از آنان ترجیحی وجود داشت همان موردی که مرجح است انتخاب می‌شود و اگر ترجیحی نباشد تخییر است. این ضابطه کلی در مورد تعارض ضررین هم پذیرفتنی است.

چنانچه هر دو ضرر متوجه یک شخص باشد راه حل مشکل آسان است. آن شخص هر کدام از دو ضرر را که به مصلحت تشخیص داد فدای ضرر دیگر می‌کند. ولی اگر دو حکم ضرری برای دو نفر پیش آید و بین آنها تعارض باشد مطلب دقیق‌تر است. در این مورد نیز همان ضابطه کلی قابل اعمال است. زیرا مقتضای قاعده لاضرر که امتنان بر مردم است؛ ایجاب می‌کند که شارع به ضرر کمتر راضی باشد؛ لذا باید اقل الضررین را برگزید ولی اگر میزان ضرر مساوی باشد در اینجا ضابطه تخییر را نمی‌توان اجرا کرد. در اینجا فقها گفته‌اند که باید به عمومیات دیگر مراجعه کرد و اگر عمومیات نباشد راه حل مشکل قرعه است.<sup>۱</sup> اما در تشخیص اقل الضررین فقها معتقدند ضابطه شخصی ملاک است، لذا سبکی و سنگینی ضرر را باید با توجه به شخص سنجید.<sup>۲</sup> ولی نکته ای که

<sup>۱</sup> انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه، پیشین، ص ۱۲۵.

<sup>۲</sup> همان.

باید در نظر داشت این است که در وقوع ضرر هیچ‌یک از دو طرف، مرتکب تقصیر یا تعدی یا تفریط نشده باشند.

آیه ... مکارم شیرازی در رابطه با تعارض ضررین دو راه حل دیگر پیشنهاد می‌دهد: یکی «سیره عقلاء» و دیگری «جمع بین حقوق» می‌باشد.<sup>۱</sup>

سیره عقلاء به این معنی که اگر دو ضرر با هم در تعارض باشند، باید ضرری که شدید تر است دفع کرد. قاعده جمع بین دو حقوق نیز اقتضا دارد که اگر هیچ یک از دو طرف تعدی و تفریط نکرده باشند، یعنی اگر هر دو ضرر در اثر عوامل طبیعی و غیر قابل پیش بینی حادث شده باشند در آن صورت پس از انتخاب ضرر ضعیف‌تر باید نتیجه آن بین طرفین سرشکن شود. البته راه حل «جمع بین حقوق» راه حل عاقلانه‌ای است، که برای توجیه آن می‌توان از قاعده «المیسور لایسقط بالمعسور» استفاده کرد.<sup>۲</sup>

#### ۴-۲. نقش اثباتی قاعده لاضرر

عمده‌ترین مبحث قابل طرح در ارتباط با این روایت و قاعده مستفاد از آن که کمتر مورد توجه محققان قرار گرفته، این است که آیا قاعده لاضرر می‌تواند حکمی را که بر اساس سایر دلایل قابل اثبات نیست اثبات کند؟ یا صرفاً در مقام بیان نفی حکم ضرری است بی آنکه به اثبات حکم نظر داشته باشد؟

به نظر می‌رسد چنین حیثیتی از قاعده «لاضرر» با برخی از تفاسیری که گفته شد، تعارض داشته باشد.

فقیهانی که معتقدند مفاد قاعده لاضرر نفی ضرر غیر متدارک است در واقع عقیده دارند که قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند. ولی گروهی از فقیهان از جمله بعضی از فقیهانی که معتقدند مفهوم قاعده لاضرر «نفی حکم ضرری» است می‌گویند قاعده لاضرر تنها نفی حکم می‌کند و اثبات

<sup>۱</sup> مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۱، ص ۹۸.

<sup>۲</sup> بهرامی احمدی، حمید، قواعد فقه، پیشین، ج ۲، ص ۲۶۱.

حکم مثلاً جبران ضرر را، باید در قواعد دیگری مثل قاعده اتلاف و تسبیب و از این قبیل جستجو کرد.

گروه اول از فقها به دلایل زیر قائل به نقش اثباتی قاعده لاضررند:

۱. حکم عقل: این استدلال به طور خلاصه چنین است که ضرر رساندن قبیح است و این قباحت از مستقلات عقلیه است و عقل نیز به رفع امر قبیح حکم می‌کند.
۲. حکم شرعی: از مدارک قاعده لاضرر چنین بر می‌آید که ضرر زدن حرام است. وقتی چنین است اگر ضرر جبران نشود حرمت نیز ادامه خواهد یافت.
۳. تبادر: از نصوصی که رسیده چنین به نظر می‌رسد و چنین به ذهن متبادر می‌شود که بر کسی که ضرر زده رفع ضرری که وارد آورده لازم است. عرف نیز این اقتضا را تایید می‌کند.
۴. روایات: صحیحه کنانی و روایت حلبی بر جبران ضرر دلالت دارند. در این روایات صراحتاً آمده که اگر کسی به راه مسلمین ضرر برساند؛ باید ضرر را جبران کند. بنابراین وجوب جبران ضرر مورد تاکید شارع قرار گرفته است.

همان طور که اشاره گردید، نظریه قابلیت اثبات حکم به استناد قاعده لاضرر، مورد انتقاد بسیاری از فقها قرار گرفته است که مهمترین اشکالات آن‌ها عبارتند از:

اشکال اول: قاعده «لاضرر» شامل احکام عدمی نیست.

از مهم‌ترین ایرادات گرفته شده این است که قاعده «لاضرر» ناظر بر نفی احکام شرعی است که از طریق عمومیات، ثابت شده است و معنای نفی ضرر در اسلام، این است که در احکام جعل شده، حکم ضرری وجود ندارد. در حالی که عدم حکم شرع به ضمان، در مسئله ای هم چون به هدر دادن نیروی کار انسان به سبب حبس، از احکام جعل شده در اسلام نیست و حکم به عدم ضمان، حکم مجعول نیست بلکه تنها اخبار از عدم حکم به ضمان است. مانند حکم شارع به عدم وجوب و حرمت که انشای حکمی از سوی شارع نیست بلکه در حقیقت اخبار در مورد آن است.<sup>۱</sup> بنابراین به نظر منکرین، قاعده «لاضرر» اطلاق نداشته و احکام عدمی را شامل نمی‌شود.

<sup>۱</sup> شیخ الشریعه اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، رساله لاضرر، پیشین، ص ۱۱۹.

اشکال دوم: اثبات حکم بر مبنای لاضرر موجب تاسیس فقه جدیدی می‌شود.

در نگاه مخالفین، نتیجه تن دادن به این نظریه، تاسیس فقه جدید و کنار گذاردن بسیاری از احکام و قوانین مسلم فقہی است. به عنوان نمونه، ادعا شده است هنگامی که بقای زوجیت برای زوجه به علت نفقه ندادن زوج - چه از روی اعسار و چه از سر عصیان - موجب ضرر و زیان باشد طبق این نظریه، ولایت بر طلاق را باید به زوجه سپرد؛ زیرا عدم جعل ولایت طلاق برای زوجه یا حاکم شرعی، مطمئناً ضرری به حال زوجه است بنابراین، قاعده «لاضرر» ولایت بر امر طلاق را به زوجه می‌سپارد و ضرر را دفع می‌کند. در حالی که چنین حکمی صحیح نیست و همان طوری که این حکم باطل است مقدمه منتج به آن نیز باطل خواهد بود.<sup>۱</sup>

با توجه به بررسی‌های انجام شده و نظرات فقها در مجموع می‌توان به دلایل زیر به اثبات حکم توسط لاضرر پرداخت:

۱. آنچه به عنوان حکم عدمی تصور می‌شود در واقع حکم عدمی نیست بلکه می‌تواند حکم وجودی باشد.

مثلاً اگر زبانی از سوی شخصی به دیگری وارد بیاید و حکمی از سوی شارع برای جبران آن زیان وجود نداشته باشد معنی آن برائت ذمه شخص زیان دیده از ضمان و جبران ضرر است و این در واقع حکم وجودی است.<sup>۲</sup>

۲. فقها اتفاق نظر دارند که قاعده لاضرر از سوی شارع برای امتنان بر امت و لطف و عنایت نسبت به مردم وضع شده است. وقتی چنین است، از لحاظ مصلحت و از حیث امتنان هیچ تفاوتی بین احکام وجودی و احکام عدمی نیست. فرضاً قبول کنیم که قاعده لاضرر، به دلالت لفظی شامل احکام عدمی نشود، ولی از راه تنقیح مناط و الغاء خصوصیت و مناسبت حکم و موضوع می‌تواند شامل احکام عدمی گردد. زیرا هر خصوصیتی که در احکام وجودی بوده که باعث تشریح قاعده لاضرر شده همان خصوصیت و ملاک در مورد احکام عدمی نیز وجود دارد.<sup>۳</sup>

۱. نائینی، میرزا حسین، منیة الطالب، پیشین، ج ۲، ص ۲۲۱.

۲. مکارم، شیرازی، ناصر، القواعد الفقہیة، پیشین، ج ۱، ص ۸۶.

۳. همان.

۳. از حدیث سمره نیز چنین مستفاد می‌شود که قاعده لاضرر شامل احکام عدمی نیز می‌شود و به عبارت دیگر قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند و بر همین اساس پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به مرد انصاری حق داد که درخت سمره را بکند و برای این حکم به «لاضرر و لاضرار» استناد فرمود و علت این بود که بدون استناد به این حکم، مرد انصاری چنین حقی نداشت و پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به این وسیله از مرد انصاری دفع ضرر کرد.

۴. در دو روایت «شفعه» و «منع فضل ماء» پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به استناد نفی ضرر، اثبات حکم کرده یعنی حق شفعه را برای شریک مقرر داشته و به صاحبان چاه نیز دستور داده که زیادی آب چاه خود را در اختیار دامداران قرار دهند و به قاعده لاضرر و لاضرار استناد کرده است. وجود این جمله در این دو روایت به خاطر علت حکم بوده نه حکمت تشریح، برخلاف نظر نائینی.

در هر حال با توجه به آنچه گذشت می‌توان نتیجه‌گیری کرد که قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند و به عبارت دیگر اگر از وجود حکمی، خواه حکم تکلیفی و خواه حکم وضعی، ضرری برای کسی پیش آید به استناد قاعده لاضرر حکم مزبور نفی می‌شود. اگر ضرر مذکور از مصادیق اتلاف باشد به استناد این قاعده جبران ضرر می‌شود و اگر از مصادیق آن نبود و از نبود حکم، برای جبران ضرر، ضرری متوجه آن شخص می‌شد در این صورت این حکم عدمی به استناد قاعده لاضرر نفی می‌شود و نتیجه آن، حکم به جبران ضرر است. نحوه جبران ضرر با توجه به اوضاع و احوال قضیه مشخص می‌گردد. گاهی جبران ضرر با خیار فسخ عملی می‌شود. گاهی با حق شفعه و زمانی با پرداخت مبلغی پول و گاهی با عذر خواهی و اعاده حیثیت طرف زیان دیده. نکته ای که باید مورد توجه قرار داد این است که حکومت قاعده لاضرر بر ادله احکام اقتضا دارد که در اجرای این قاعده به مقداری که برای رفع ضرر ضروری است اکتفا شود؛ و در هر حال اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر موجب تاسیس فقه جدید نیست چون فقیهان در طول تاریخ به استناد این قاعده اثبات حکم کرده‌اند.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup>. شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، پیشین، ج ۲۹، ص ۹۸.

#### ۳-۴. نقش قاعده در تعدیل قرارداد

پس از انشای عقد، گاه بر اثر حادثه ای غیر قابل پیش بینی، وفای به عقد ممکن نیست. حال اگر موضوع تعهد، تسلیم مال مورد تملیک به مشتری باشد (عین معین) و مبیع تلف شود با قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» به انفساخ عقد حکم داده شده است.<sup>۱</sup> و اگر موضوع تعهد یک امر کلی باشد قاعده عام‌تری تحت عنوان «قاعده تعذر وفا به مدلول عقد» وجود دارد.<sup>۲</sup> در مواردی اجرای عقد غیر ممکن نیست، ولی به دلیل ضرری بودن، سبب خسارت یکی از طرفین می‌شود که چنین وضعیتی در عقود مستمر قابل رویت است. عقد مستمر عقدی است که اجزای مورد عقد در اجزای زمان تحقق می‌یابد.<sup>۳</sup> مانند عقد اجاره که منافع تدریجی الحصول است و اجزای آن در طول زمان استقرار می‌یابد. در مقابل، عقد آنی عقدی است که تمام اجزای آن در لحظات معینی از زمان تحقق می‌یابد مانند بیع. در عقود مستمر مانند اجاره یا تعهد بر احداث یک سد، عواملی چون تورم، نوسان در ارز، افزایش قیمت کالاها، خدمات و یا مواد اولیه باعث دشواری‌هایی برای یکی از طرفین می‌شود. به این ترتیب، قراردادی که در آغاز انتظارات معقول طرفین را برآورده می‌ساخت ممکن است پس از مدتی، تعهد یکی را چنان گزاف و زیان بار و تعهد دیگری را چندان سبک گرداند که هر انسان متعارفی چنین قراردادی را بیشتر وسیله اجحاف بداند تا وسیله تسهیل مبادلات تجاری و توزیع ثروت. به نظر می‌رسد حتی اگر از منظر «وفوا بالعقود» و حاکمیت اراده به عقد نگریسته شود اجرای قرارداد در مواردی که تعادل تعهدات طرفین در خلال اجرای آن به هم خورده است منطقی نیست زیرا گذشته از حکم قاعده لاضرر، طرفین بر مبنای وضع اقتصادی متعارف در زمان انعقاد عقد توافق کرده‌اند و اگر متضرر وضع فعلی را پیش بینی می‌کرد به آن رضایت نمی‌داد و شرایط متناسب با اوضاع و احوال جدید پیشنهاد می‌کرد. بنابراین، با زوال تعادل در تعهدات

<sup>۱</sup> قانون مدنی، ماده ۳۷۸.

<sup>۲</sup> بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۵، ص ۲۲۶.

<sup>۳</sup> شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، پیشین، ج ۱، ص ۹۸.

طرفین، حق تقاضای تعدیل یا فسخ برای متضرر پیدا شد، که این نظر در نظریات «سن توماس داکن» ریشه دارد.<sup>۱</sup>

برخی از حقوقدانان طرفدار تعدیل قرارداد در حقوق ایران تلاش کرده‌اند، امکان تغییر وضعیت اولیه قرارداد به علت حوادث پیش بینی نشده را، بر پایه نهاد عام و شناخته شده «غبن» توجیه نمایند. بر اساس این نظریه، غبن از جمله قواعد عمومی قراردادهای و وسیله‌ای برای جبران زیان ناشی از نامتعادل بودن دو عوض است، و اثر حقوقی ناشی از آن را نباید در قید بند زمان محبوس کرد. همان‌گونه که عدم تعادل فاحش دو عوض در زمان تراضی می‌تواند باعث خیار غبن برای زیان دیده باشد، اگر وقوع حوادث غیر قابل پیش بینی در زمان اجرای عقد نیز تعادل عرفی تعهدات طرفین را دچار اختلال سازد، امکان تعدیل وجود خواهد داشت.<sup>۲</sup>

اما نکته قابل توجهی که وجود دارد، محدود شدن دایره غبن به زمان تشکیل عقد در قانون مدنی است؛ لذا این پرسش به وجود خواهد آمد که آیا امکان استفاده از غبن در زمان اجرای قرارداد نیز وجود دارد؟ پاسخ به این پرسش منوط به تشخیص مبنای خیار غبن در فقه و حقوق ماست. برای توجیه نظریه غبن به نظرات زیر اشاره می‌کنیم:

۱. عیب اراده<sup>۳</sup>: طرفداران این نظر استدلال می‌کنند که: اراده‌ای سالم و بی‌عیب است که با آگاهی از برابری عوضین به معامله رضایت دهد. پس اگر کشف شود که در معامله از این برابری خبری نبوده است، نشانه عدم رضایت به معامله با شرایط مذکور است و چنین معامله‌ای مشمول آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ». است.<sup>۴</sup>

ایرادی که به نظر مذکور است وارد است:

---

<sup>۱</sup> سنهوری، عبد الزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، پیشین، ص ۷۰۷ و ۷۱۴.

<sup>۲</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، پیشین، ج ۳، ص ۵۵۲.

<sup>۳</sup> حلی (علامه حلی)، ابی منصور الحسن ابن یوسف، تذکره الفقهاء، بیع، پیشین، ج ۱.

<sup>۴</sup> سوره بقره، (۲)، آیه ۱۸۸.

اولاً: ضمانت اجرای غبن (خیار)، تناسبی با اختلال تراضی و ضمانت اجرای آن (عدم نفوذ یا بطلان) ندارد.<sup>۱</sup>

ثانیاً: با این تحلیل غبن مصداقی از خیار تخلف شرط است و اصالت ندارد در حالی که قانون مدنی، با جدا کردن خیار غبن از تخلف شرط، استقلال آن دو را تأیید می‌کند.<sup>۲</sup>

۲. شرط ضمنی: طرفداران این نظر معتقدند که، بنای طرفین در معاملات معوض بر دریافت عوض متعادل با مال تملیک شده به طرف مقابل است. این شرط را از دیدگاه عرف یقینی و منشأ اثر می‌دانند حتی اگر خود طرفین چنین شرطی را مد نظر نداشته باشند.

از ایرادات وارده به نظریه شرط ضمنی این است که اعتقاد به برابری دو عوض از انگیزه‌های ایجاد معاملات است نه شرط مورد تراضی و متعاملین معمولاً به عنوان شرط به آن نمی‌نگرند. این ایراد توسط بعضی از حقوقدانان این‌گونه پاسخ داده شده است که: «این شرط مبالغه‌آمیز است، زیرا در بسیاری موارد خریدار به اعتماد امانت و حسن شهرت تولیدکننده معامله می‌کند و فروشنده نیز در تبلیغات خود اعلام می‌دارد که کالاهای مرغوب او به کمترین بهای ممکن عرضه می‌شود و دو طرف بر همین مبنا به گفتگو می‌پردازند. ولی این فرض، چهره نوعی و عمومی ندارد. در غالب موارد هر یک از دو طرف می‌کوشد که در معامله سود بیشتری ببرد و تعادل در قیمت را به نفع خود بر هم زند. گاه نیز چنان برای بدست آوردن عوض اشتیاق دارد یا چندان به پر سودی معامله معتقد است که هیچ عنایتی به تعادل نسبی دو عوض نمی‌کند. پس چگونه می‌توان ادعا کرد که در هر معامله معوضی تراضی بر این مبنای نوعی استوار است که دو عوض متعادل باشد؟»<sup>۳</sup>

ثانیاً: باید در مواردی هر دعوی به طور خاص این نکته مورد بررسی قرار گیرد که آیا در نظر عرف این تعادل و تساوی مورد انتظار بوده است یا نه؟ از طرف دیگر باید این تعادل و تساوی مورد قصد مشترک طرفین باشد و توجه یکی از طرفین کافی نیست.

<sup>۱</sup> خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، پیشین، ج ۶۶، ص ۲۹۳۳.

<sup>۲</sup> کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۴، ص ۲۴۴.

<sup>۳</sup> همان، پیشین، ج ۵، ص ۲۳۷.

۳. قاعده لاضرر: التزام به معامله که ضرر ناخواسته به بار می‌آورد مشمول قاعده لاضرر است و باید نفی گردد؛ اما اگر مبنای خیار، جلوگیری از ضرر ناشی از عدم تعادل ایجاد شده باشد، هم چنانکه نظر مشهور بر این مبنا است در صورت اجتماع شرایط دیگر، امکان استفاده از قاعده لاضرر برای توجیه تعدیل یا فسخ قرارداد وجود خواهد داشت.

تنها ایراد وارده بر این نظریه زمان ارزیابی غبن می‌باشد. در فقه امامیه بیشتر فقها معیار فزونی و کاستی قیمت را زمان عقد دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

دو پاسخ به این ایراد داده شده است:

نخست این که، ممکن است اتفاق نظر فقها در این مورد با ارتباط دادن عقد به عنصر «تراضی» اتخاذ شده باشد.

دوم این که، آنچه فقیهان از بیان این شرط مدنظر داشته‌اند با مسئله مورد بحث متفاوت است، چرا که آنان می‌خواسته‌اند با این شرط، فزونی و کاستی بهای مبیع را در فاصله میان عقد و تسلیم، در غبن بی اثر بدانند، در حالی که در مسئله موضوع بحث ما که امری جدید و زاده تحول‌های اقتصادی در سده اخیر است، پدیده‌های خارجی و دور از انتظار و ناگهانی باعث دگرگونی چهره عقد و برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد می‌شود که دو امر مستقل از یکدیگرند.<sup>۲</sup>

تعدیل تعهدات طرفین در حقوق اسلامی بی سابقه نیست. وجود برخی شواهد تاریخی منقول در کتب روایی و فقهی نیز می‌تواند مؤیدی بر قابلیت تأثیر قاعده لاضرر در شرایط پیش بینی نشده‌ای قراردادی باشد: به عنوان مثال، در ماجرای که در کتاب وسایل الشیعه نقل شده است، قضاوت امام صادق (علیه‌السلام) می‌تواند چنین نتیجه‌ای را تلقین نماید. در مورد یاد شده صاحب کافی از هارون بن حمزه غنوی از امام صادق (علیه‌السلام) در مورد شتر مریضی پرسید که شخصی آن را به قیمتی کم (۱۰ درهم) خرید تا نحر نموده، از گوشت و پوستش استفاده نماید که در این حال شخصی آمد و پوست و سر شتر را از خریدار خرید (به دو درهم) و اتفاقاً شتر سلامتی

<sup>۱</sup> انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، پیشین، ص ۲۳۶.

<sup>۲</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۳، ش ۵۴۱.

خود را بازیافت و در نتیجه قیمت آن بالا رفت. با این همه شخص ثالث پوست و سر شتر را مطالبه می‌کرد. در این مورد خریدار شتر برای رهایی از مشکل به امام مراجعه و از وی برای حل مشکل سؤال کرد. امام در پاسخ فرمود: مقدار ترقی قیمت پوست و سر شتر را به مبلغی پرداختی ثالث اضافه کرده، به او بدهند و سپس فرمود: مشتری حق ندارد نحر شتر و تسلیم سر و پوست را مطالبه کند، زیرا این درخواست موجب اضرار خریدار شتر می‌گردد.<sup>۱</sup>

همچنین برخی از فقها، از جمله میرزای قمی به تعدیل عقد فتوا داده‌اند. مثلاً از ایشان سؤال پرسیدند: «شخصی زمینی را اجاره کرده به مبلغ معینی و آب آن زمین بسیار کم شده است و نقصان بسیار به مستأجر می‌رسد آیا ایشان مسلط بر فسخ هست یا خیر؟ این فقیه در پاسخ جواب دادند «ظاهراً ادله و فتاوی‌ای علما و صریح جمعی این است که بلی و خلافی در نظر نیست و این مقتضای نفی ضرر است». که به هر حال یادآوری نوعی تعدیل در ذهن فقها است. حتی تعدیل قرارداد در صورت کاهش ارزش پول در فقه بی سابقه نیست.<sup>۳</sup>

دیگر موارد نشانگر امکان رفع حکم ضرری در صورت مشکل شدن اجرای تعهد فرضی است که در برخی از کتب فقهی آمده است. بر این اساس، چنانچه فردی موظف به کندن چاهی به مبلغ معین باشد ولی در جریان اجرای این تعهد مواجه با لایه‌هایی سنگی یا بسیار مقاوم شود که کندن آن با وسایل متعارف ممکن نیست و باعث متضرر شدن متعهد شود، الزام ناشی از قرارداد برداشته می‌شود.<sup>۴</sup> در فقه اهل سنت نیز قاعده لاضرر، کاربرد قابل توجهی دارد و در قراردادهای از طریق فسخ، موجبات تعادل وضعیت طرفین را فراهم می‌آوردند. بر اساس نظر بعضی از فقهای اهل سنت، چنانچه در اثر بروز عذری در یک قرارداد، انجام تعهد متعذر گردد و یا مستلزم تحمل ضرر غیر متعارف و گزاف شود حق فسخ برای متضرر ثابت می‌گردد.<sup>۵</sup> از ابوحنیفه نیز نقل شده است که: «اگر

۱. حر عاملی، ابی منصور الحسن بن یوسف، وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، پیشین، ج ۱۸، ص ۲۷۷.

۲. قمی، ابوالقاسم (میرزای قمی)، جامع الشتات، پیشین، ج ۳، ص ۵۱۲.

۳. طباطبایی یزدی، سید محم کاظم، سوال و جواب، پیشین، ص ۲۷۹.

۴. سرخسی، شمس الدین، المبسوط، دارالمعرفه، بیروت، س ۱۴۰۶ ه. ق، ج ۱۶، ص ۴۷.

۵. ابن عابدین، محمد بن امین، الفتاوی الهندیه، ج ۵ ص ۷۶. به نقل از عبد الرزاق احمد السنهوری، نظریه الفقه، ص

خیاطی، شاگردی را برای مدتی استخدام کند ولی بعداً به علت نداشتن مشتری کار خود را تعطیل نماید، این امر دلیل کافی برای لغو قرارداد با شاگرد است اما اگر خیاط دگان خیاطی خود را به دلیل تغییر شغل تعطیل کند، این امر دلیل موجه برای فسخ قرارداد با شاگرد نیست»<sup>۱</sup>.

در «فتح‌القدیر» از کتب اهل سنت نیز آمده است که؛ «اگر اجرای قراردادی مشکل شود، به حدی که اجرای آن با ضرر و زیان فاحش توأم باشد، قابل فسخ است»<sup>۲</sup>.

حتی قانون دریای ایران نیز در یک مورد تعدیل قضایی را به صراحت پذیرفته است. در ماده ۱۷۹ قانون مزبور مقرر داشته است: «هر قرارداد کمک و نجات حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد اگر ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است یا اجرت مذکور در قرارداد به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید».

در نهایت با توجه به مطالبی که در مباحث پیشین از ملاک‌ها، معیار، مفاد و همچنین نقش اثباتی قاعده لاضرر بیان کردیم؛ می‌توان گفت مشکل و ضرری شدن اجرای قرارداد مستمر به علت حوادث پیش بینی نشده نیز، از جمله مصادیق نفی شده طبق قاعده لاضرر است و باید حکم ضرری برداشته شود. در تأیید این نظر می‌توان به اصل ۱۶۷ قانون اساسی که قاضی را مکلف کرده که حکم هر دعوی را در قوانین موضوعه بیابد و اگر نیابد به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتوای معتبر حکم قضیه را صادر نماید؛ و همین عبارت نیز در ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب با اضافه نمودن «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند» تکرار نموده است استناد کرد. چون بر خلاف قوانین کشورهای دیگر حکم صریح و روشنی در مورد تغییرات ناگهانی اوضاع و احوال در قوانین مدونه یافت نمی‌شود.

<sup>۱</sup> بهرامی احمدی، حمید، سوء استفاده از حق، انتشارات اطلاعات، تهران، سال ۱۳۷۰، ص ۱۴۴.

<sup>۲</sup> سرخسی، شمس‌الدین، المبسوط، پیشین، ج ۱۶۶، ص ۴۷۷.

#### ۴-۴. ضمانت اجرای قاعده لاضرر

دگرگونی در اوضاع و احوال عقد یا به صورت دائمی است و یا به صورت گذرا و موقت. چنانچه تغییر در اوضاع و احوال اجرای قرارداد را به طور موقت با مشکل و یا ضرر مواجه سازد، با تعلیق اجرای تعهد، تا رفع وضعیت حادث و با در نظر گرفتن وضعیت طرف مقابل، احتمال بروز ضرر و یا دشواری از بین می‌رود. اما اگر وضعیت حادث دائمی بوده و یا با توجه به شرایط قرارداد و حوادث غیر مترقبه در یک مدت معقول و متعارف احتمال برطرف شدن وضعیت مذکور داده نشود، برای جبران ضرر و یا بر طرف نمودن حرج و مشقت باید به دنبال راه حل دیگری بود. اصولاً عقد در صورت تغییر اوضاع و احوال اقتصادی، منحل نمی‌شود در این موارد با حکومت قاعده لاضرر بر قاعده وفای به عهد و جوب وفای به عهد از بین می‌رود.<sup>۱</sup>

با پذیرش زوال و جوب این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا زیان دیده حق دارد عقد را فسخ کند؟ یا اینکه با توجه به شرایط موجود قاضی حق دارد با احراز قصد ضمنی طرفین عقد را به صورت معقولی تعدیل نماید؟ ممکن است اعطای حق فسخ به متضرر ترجیح داده شود. در تأیید این نظر می‌توان گفت حق فسخ مشکلات تعدیل را به دنبال ندارد. به علاوه این یک حقیقت است تعدیل قرارداد گاهی انشای عقد برای طرفین است و این امر با اصل آزادی اراده معارض است. با وجود این، امروزه این عقیده در حقوق برخی کشورها و نیز تجارت بین‌الملل وجود دارد که خاتمه دادن به عقد و اعطای اختیار فسخ عقد به یکی از طرفین راه حل مطلوبی نیست، زیرا این شیوه انتظارات تجاری و اقتصادی طرفین را که در معرض تزلزل و اختلال واقع می‌شود نادیده می‌گیرد. بی جهت نیست که روز به روز بر طرفداران ایده تعدیل عقد افزوده می‌شود، زیرا دادن حق فسخ، گذشته از آن که با اصل لزوم در تعارض بوده و جنبه استثنایی دارد، این خطر را نیز به دنبال دارد که دادگاه را به اتهامی متهم می‌کند که همیشه از آن گریزان است و آن اتهام این است که دادگاه را در نقش ویرانگر معاملات ظاهر می‌سازد. بنابراین با احراز قصد ضمنی طرفین به نظر می‌رسد تعدیل بر فسخ آن ترجیح دارد. جایگزین ساختن تعدیل تعهدات به جای فسخ در ذهن فقها نیز

<sup>۱</sup> حسینی سیستانی، سید علی، قاعده لاضرر و لاضرر، انتشارات مهر، قم، چاپ اول، س ۱۴۱۴. ه. ق، ص ۲۳-۲۲.

همیشه وجود داشته است و ماده ۴۷۸ قانون مدنی نمونه ای از آن را ذکر کرده است. در حقوق بین‌المللی ایران تعدیل پذیرفته شده است، ولی در حقوق داخلی جز در قانون دریایی، در قواعد عمومی قراردادها و قانون مدنی قاعده ای کلی یافت نمی‌شود.

برای تعدیل قرارداد بهتر است ابتداً قاضی روشی را اتخاذ نماید که باعث ضرر به متعهدله نشود چون در این صورت تعارض ضررین پیش می‌آید. برای رسیدن به این هدف قاضی باید در مرحله اول تلاش نماید که شرایط ایجاد شده را تغییر دهد. در صورت قبول متعهدله مبنی بر تغییر شرایط اولیه قرارداد، به نوعی که عرفاً امکان اجرای بدون سختی و ضرر آن برای متعهد فراهم شود، تغییر حکم قرارداد مبنایی نخواهد داشت. پس به طور طبیعی باید از متعهدله خواست که در این زمینه تلاش لازم را به عمل آورد و پیشنهادهایی ارائه کند که ضمن اجرای قرارداد ضرر متعهد نیز برطرف شود، مثلاً اندکی از تعهد را بکاهد، یا به ما به ازاء بیفزاید یا هر طریق دیگری که متعهد را از فشار غیر معمول برهاند. در صورتی که با حسن نیت طرفین، یا الزام متعهدله برای ارائه پیشنهادی سازنده، توافق جدیدی صورت نگیرد طبیعی است که نمی‌توان از متعهدی که اجرای قرارداد برای او ضرری است مسئولیتی خواست. در این مرحله نیز اعتقاد ما «خیار فسخ» به متعهد نیست بلکه قاضی می‌تواند تنها اجازه فسخ را به متعهد بدهد، اختیاری که ماهیتاً مرتبه ای ضعیف‌تر از خیار فسخ است زیرا به ارث نمی‌رسد، قابل انتقال نیست و... در مرحله آخر که قرارداد به هیچ صورتی اصلاح نشد متعهد با اجرای حق فسخ خود را از ضرر پیش آمده می‌رهاند. با این روش هم جمع بین حقوق طرفین می‌شود و هم اقل‌الضررین ترجیح داده می‌شود.

## جمع بندی و نتیجه گیری کلی

از آنچه در فصل‌های مختلف بیان شد، نتایج متعددی به دست آمد. برخی از مهم‌ترین نتایج و پیشنهاد‌های تحقیق عبارتند از:

پذیرش «تأثیر تغییر اوضاع و احوال» در فقه و حقوق ایران به عنوان استثنایی بر اصل لزوم قراردادهای می‌تواند مورد پذیرش واقع شود.

مبنای تحلیلی تغییر اوضاع و احوال، قواعد «شروط»، «نفی عسر و حرج»، «لاضرر» هستند. بر اساس هر یک از قواعد مذکور تعدیل قرارداد توجیه می‌شود.

پیش بینی شروط تعدیل کننده، دستورالعملی است که متعاقدين بنا به ضرورتی که عقد در اختیار آن‌ها قرار داده و شرع ما از آن حمایت می‌کند اقدام به آن می‌نمایند.

با توجه به اصل اباحه در شروط، شرط تعدیل در قرارداد از جمله شروط صحیح است که طرفین قرارداد می‌توانند برای رهایی از مشکلات آتی قرارداد آن را در ضمن عقد بگنجانند. بر همین اساس، طرفین قرارداد اقدام به وضع شروط گوناگونی می‌کنند که برخی به طور قهری تعهدات قراردادی را با اوضاع و احوال جدید منطبق می‌سازند و برخی دیگر به کمک اقدامات مکمل چنین اثری به بار می‌آورند. در حقوق ایران اصولاً تمامی این شروط صحیح تلقی می‌شوند.

بررسی دقیق قاعده «نفی عسر و حرج» در فقه، حکایت از توان این قاعده در توجیه تعدیل قانونی قرارداد دارد. چرا که، با توجه به بررسی مبانی قاعده عسر و حرج و موارد کاربرد این قاعده در نفی هر گونه حکم حرجی و پذیرش قاعده مذکور در مواد قانونی و رویه‌های قضایی می‌توان نتیجه گرفت که چنانچه اجرای یک قرارداد مستلزم حرج و مشقت شدید برای متعهد باشد، الزام ناشی از قرارداد مذکور برداشته می‌شود.

در صورت عدم پیش بینی تعدیل قرارداد توسط متعاقدين یا قانونگذار، دادرسی می‌تواند به

استناد قاعده لاضرر، مفاد عقد را مورد تجدید نظر قرار دهد. زیرا:

الف) قاعده لاضرر هرگونه ضرر ناروا را نفی کرده و حکم الزام ناشی از قرارداد که منشأ ضرر مذکور است برمی دارد، خواه این ضرر ناشی از احکام تکلیفی باشد و خواه از احکام وضعی نشأت گرفته باشد.

بنابراین الزام به انجام تعهد اگر موجب ضرری غیر متعارف باشد نفی گردیده و برداشته می شود.

ب) چنانچه در اثر تغییر در اوضاع و احوال قرارداد و در نتیجه افزایش هزینه انجام تعهد ضرری غیر متعارف متوجه یکی از طرفین شود، در ناروا بودن چنین ضرری نباید تردید کرد. عرف نیز تحمیل ضرر مذکور را بر متعهد روا نمی دارد.

ج) در بروز این ضرر، اراده متعهد دخالتی نداشته و انتساب ضرر به متعهد و یا متعهد له و یا شخص ثالث موجه نیست. اگر مقدمات فوق را بپذیریم، استناد به قاعده لاضرر برای جبران ضرر ناشی از بروز حوادث پیش بینی نشده امکان پذیر و قابل قبول است.

### پیشنهاد

۱. به قوه مقننه و به ویژه کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی پیشنهاد می گردد برای رفع مشکلات، ماده و یا مواردی که متضمن ارائه راه حل برای قضات در موقع بروز حوادث دشوار کننده اجرای تعهد باشند، به تصویب برسانند. متن ماده پیشنهادی می تواند به شرح زیر باشد:

«چنانچه به دلیل بروز حادثه ای غیر قابل پیش بینی، غیر قابل دفع و غیر قابل اجتناب و خارج از اراده متعهد، تعادل و توازن قراردادی بر هم خورده و در نتیجه اجرای تعهد موجب ضرر غیر متعارف و یا دشواری برای متعهد گردد، متعهد مجاز به فسخ و یا در خواست تعدیل قرارداد خواهد بود».



## پیوست

- استفتانات مراجع عظام ✓
- نمایه واژگان انگلیسی ✓
- نمایه واژگان فرانسه ✓



From: istiftaa@wilayah.org

To: affat.ghaedi64@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

با سلام

در عقود مغایبه فرضی متصور است که در آن به علت بالا رفتن ناگهانی قیمت تمام شده کالا یا خدمات به دلیل وضع قوانین و تعرفه های گمرکی و مالیاتی و یا بالا رفتن قیمت مواد اولیه بایع یا خریدار توانایی تحویل مبیع یا ثمن را با قیمت تمام شده در عقد ندارد چرا که وضع حادثه متضمن ضرر وی خواهد بود. خواهشمند است فتوای فقهی خود را بیان نموده و بفرمایید.

- ۱- وضع عقد در این صورت چگونه است؟
- ۲- آیا متضرر حق خیار دارد؟ به چه مبنایی
- ۳- آیا با توجه به قصد متبایعین حاکم حق تعدیل قرارداد را به درخواست

متضرر دارد؟

بسمه تعالی

سلام علیکم و رحمه الله و برکاته

میزان در غبن موجب ثبوت خیار فسخ، قیمت زمان عقد بر حسب نرخ بازار روز است و تفاوت حاصل بعد از عقد به حساب نوسانات قیمت بازار و یا ترقی قیمت مودت اولیه و غیره موجب خیار غبن نیست.

موفق و موید باشید

عفت قانیدی موصولو

affat.ghaedi64@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

در عقود مغانبه فرضی متصور است که در آن به علت بالا رفتن ناگهانی قیمت تمام شده کالا یا خدمات به دلیل وضع قوانین و تعرفه های گمرکی و مالیاتی و یا بالا رفتن قیمت مواد اولیه بایع یا خریدار توانایی تحویل مبیع یا ثمن را با قیمت تمام شده در عقد ندارد چرا که وضع حادثه متضمن ضرر وی خواهد بود. خواهشمند است فتوای فقهی خود را بیان نموده و بفرمایید.

- ۱- وضع عقد در این صورت چگونه است؟
- ۲- آیا متضرر حق خیار دارد؟ به چه مبنایی
- ۳- آیا با توجه به قصد متبایعین حاکم حق تعدیل قرارداد را به درخواست متضرر دارد؟

istifta@saanei.org

بسم الله الرحمن الرحيم

ج. سوال ابهام دارد ولی بطور کلی آنچه که متعاقدين در عقد قرارداد شرط کرده اند

باید به شرط عمل کنند و در صورت اختلاف رفع آن با محکمه صالحه می باشد.

دفتر آیه الله صانعی

بسم الله الرحمن الرحيم

با سلام

در عقود مغانبه فرضی متصور است که در آن به علت بالا رفتن ناگهانی قیمت تمام شده کالا یا خدمات به دلیل وضع قوانین و تعرفه های گمرکی و مالیاتی و یا بالا رفتن قیمت مواد اولیه بایع یا خریدار توانایی تحویل مبیع یا ثمن را با قیمت تمام شده در عقد ندارد چرا که وضع حادثه متضمن ضرر وی خواهد بود. خواهشمند است فتوای فقهی خود را بیان نموده و بفرمایید.

۴- وضع عقد در این صورت چگونه است؟

۵- آیا متضرر حق خیار دارد؟ به چه مبنایی

۶- آیا با توجه به قصد متبایعین حاکم حق تعدیل قرارداد را به درخواست

متضرر دارد؟

From: [info@lankarani.net](mailto:info@lankarani.net)

[fazel@lankarani.com](mailto:fazel@lankarani.com)

در صورتی که در موقع انجام معامله هر دو طرف (خریدار و فروشنده) اطلاع از قیمت کالا داشتند و به اختیار خودشان معامله را انجام داده اند و بعد از معامله به عللی قیمت بالا رفته یا تنزل کرده خیار غبن مورد ندارد بلی بهتر است مسلمین ملاحظه حال همدیگر را داشته باشند.

والسلام

با سلام

در عقود مغانبه فرضی متصور است که در آن به علت بالا رفتن ناگهانی قیمت تمام شده کالا یا خدمات به دلیل وضع قوانین و تعرفه های گمرکی و مالیاتی و یا بالا رفتن قیمت مواد اولیه بایع یا خریدار توانایی تحویل مبیع یا ثمن را با قیمت تمام شده در عقد ندارد چرا که وضع حادثه متضمن ضرر وی خواهد بود. خواهشمند است فتوای فقهی خود را بیان نموده و بفرمایید.

- ۱- وضع عقد در این صورت چگونه است؟
- ۲- آیا متضرر حق خیار دارد؟ به چه مبنایی
- ۳- آیا با توجه به قصد متبایعین حاکم حق تعدیل قرارداد را به درخواست

متضرر دارد؟

بسم الله الرحمن الرحيم

با اهدای سلام و تحیت

جواب:

در صورتی که قرارداد انجام شده و بعد از آن قیمتتها تغییر کرده است باید به قرارداد عمل کرد ولی بهتر است در این گونه موارد طرفین رعایت حال همدیگر را بکنند و با نوعی مصالحه اختلاف را پایان دهند.

والسلام علیکم

دفتر آیه الله مکارم شیرازی / بخش استفتائات

[www.makaremshirazi.org/farsi/maliform](http://www.makaremshirazi.org/farsi/maliform).

## بسم الله الرحمن الرحيم

### با سلام

در عقود مغانبه فرضی متصور است که در آن به علت بالا رفتن ناگهانی قیمت تمام شده کالا یا خدمات به دلیل وضع قوانین و تعرفه های گمرکی و مالیاتی و یا بالا رفتن قیمت مواد اولیه بایع یا خریدار توانایی تحویل مبیع یا ثمن را با قیمت تمام شده در عقد ندارد چرا که وضع حادثه متضمن ضرر وی خواهد بود. خواهشمند است فتوای فقهی خود را بیان نموده و بفرمایید.

- ۱- وضع عقد در این صورت چگونه است؟
- ۲- آیا متضرر حق خیار دارد؟ به چه مبنایی
- ۳- آیا با توجه به قصد متبایعین حاکم حق تعدیل قرارداد را به درخواست

متضرر دارد؟

بسمه تعالی

ج. معامله اشکال ندارد و شخص مغبون می تواند معامله را فسخ کند.

دفتر آیه الله سیستانی

\* نمایه واژگان

English	
Juridical rule	قاعده فقهی
Change of circumstances	تغیر اوضاع و احوال
pacta sunt servanda	اصل قداست قراردادها
Unforeseeable	غیر قابل پیش بینی
Inevitable	غیر قابل اجتناب
Doctrine of the Implied condition	نظریه شرط ضمنی
adjustment	تعدیل
Fundation Change of Circumstances	تغییر بنیادین اوضاع و احوال
Exemption Clause	شرط معافیت
Fundamental	اساسی
Custom	عرف
Principle of will	اصل حاکمیت اراده
Court of first instace	دادگاه بدوی
obligation	الزام

## French

Cas fortuit

حوادث غیر مترقبه

Clause d' or

شرط پرداخت طلا

Clause d' indexation

شرط شاخص

Clause de revision

شرط بازبینی

Consentement

تراضی

Contrat a execution continue

قرارداد با اجرای طولانی مدت

Contrat a titre gratuit

عقد مجانی

Inopposabilite

عدم قابلیت استناد

Resiliation

فسخ

Responsabilite contractuelle

مسئولیت قراردادی

Convention

توافق

Code civil

قانون مدنی

Abus du droit

سوءاستفاده از حق

Engagement

تعهد

Jurisprudance

رویه قضایی

## فهرست منابع

### منابع فارسی

- دکتر امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، انتشارات اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۷۲ ش.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، **حقوق تعهدات**، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۸ س.
- بیگدلی، سعید، **تعدیل قرارداد**، چاپ دوم، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۸.
- بهرامی احمدی، حمید، **سوء استفاده از حق**، انتشارات اطلاعات، تهران، سال ۱۳۷۰
- \_\_\_\_\_، **قواعد فقه**، نشر دانشگاه امام صادق، تهران، س ۱۳۸۹.
- جعفری لنگرودی، محمد باقر، **ترمینولوژی حقوق**، انتشارات گنج دانش، س ۱۳۷۲ ش.
- حسینی شیرازی، سید محمد، **الفقه**، دارالمعلوم، بیروت، ۱۴۰۹ ق، ۱۹۸۸ م.
- حائری، مسعود، **مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی**، مؤسسه کیهان، چاپ دوم.
- حیدری فرد، علی اکبر، **تعدیل قرارداد توسط قاضی**، چاپ اول، انتشارات فرامتین، س ۱۳۸۵.
- خویی، ابوالقاسم، **اجود التقریرات**، تقریرات درس آیت‌الله نائینی، قم ۱۴۱۰ ه. ق.

- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶ ش.
- \_\_\_\_\_، آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، بیچا، س ۱۳۸۳.
- \_\_\_\_\_، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ پنجم، س ۱۳۸۵.
- شفایی، محمد رضا، تغییر اوضاع و احوال بر قراردادهای، چاپ ققنوس، ۱۳۷۶ ش.
- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان، سال ۱۳۸۲ ش.
- \_\_\_\_\_، مقالاتی در مورد حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، مقاله قوه قاهره، نشر میزان، چاپ اول، س ۱۳۷۵ ش.
- دکتر صادقی مقدم، محمد حسن، تغییر در شرایط قرارداد، نشر دادگستر، تهران.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، سازمان سمت، تهران، ۱۳۷۲ ش.
- کلانتری، علی اکبر، حکم ثانوی در تشریح اسلامی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸.
- دکتر کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۴۹.
- \_\_\_\_\_، عقود معین، انتشارات شرکت انتشار، چاپ ششم، ۱۳۷۴.
- \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادهای، انتشارات شرکت انتشار، ۱۳۶۵.

➤ گلیایگانی، سید محمد رضا، **مجمع مسائل**، موسسه دار القرآن الکریم، قم، سال ۱۴۰۶ ق.

➤ شهید مطهری، مرتضی، **نظام حقوق زن در اسلام**، انتشارات صدرا.  
➤ محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، بخش مدنی ۲، چاپ پنجم، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی.

➤ محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۷.  
➤ یزدی، سید محمد کاظم، **پرسش و جواب**، مرکز نشر علوم اسلامی، بهار ۱۳۷۶

### عربی

➤ قرآن کریم  
➤ آشتیانی، محمد حسین، **بحرالفوائد**، چاپ سنگی، موجود در کتابخانه مرعشی، قم، بی تا

➤ ابن منظور، **لسان العرب**، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۸  
➤ ابن قدامه، عبدالله ابن احمد، **المغنی**، قاهره، س ۱۳۹۰.  
➤ اردبیلی (محقق) مولی احمد، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، با تحقیق حاج اقا حسین یزدی اصفهانی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ه. ق.

➤ انصاری، مرتضی، **مکاسب**، چاپ تبریز، چاپ دوم، س ۱۳۷۵ ه. ق.  
➤ \_\_\_\_\_، **رسائل فقهیه**، انتشارات باقری، قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق.  
➤ اصفهانی، محمد حسین، **حاشیه مکاسب**، مطبعه العلمیه، س ۱۴۱۸ ه. ق.

➤ بحرانی، شیخ یوسف، **الحدائق الناظره**، موسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.

➤ بجنوردی (موسوی)، محمد حسن، **القواعد الفقهیه**، مطبعه الاداب، نجف، س ۱۳۸۹ ه. ق.

➤ بجنوردی، میرزا حسن، **القواعد الفقهیه**، نشر الهادی، قم، سال ۱۴۱۹

➤ بحرانی، شیخ یوسف، **الحدائق الناظره**، موسسه النشر الاسلامی، قم، بی

تا.

➤ تهانوی، محمدعلی بن علی، **کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم**،

مکتبه لبنانی، بیروت، بی چا، ۱۹۹۶ م.

➤ تبریزی، موسی، **اوثق الوسائل**، چاپ سنگی، بی تا.

➤ جوهری، اسماعیل بن حماد، **تاج اللغة و صحاح العربیه**، انتشارات دار

العلم، چاپ اول، بیروت، ۱۴۰۴ ه. ق.

➤ حر عاملی، محمد بن حسن، **وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل**

**الشریعه**، دار احیاء التراث العربی، بیروت، س ۱۴۱۴.

➤ حلی (علامه)، الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، **تذکره الفقهاء**،

مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، س ۱۳۷۲.

➤ \_\_\_\_\_، **تحریر الاحکام**، مؤسسه آل البيت، مشهد، دوره دو جلدی.

➤ خراسانی (اخواند)، ملا محمد کاظم، **کفایة الاصول**، موسسه آل البيت

لاحیاء التراث، قم.

➤ خمینی (امام)، سید روح الله، **تحریر الوسیله**، موسسه اسماعیلیان، چاپ

چهارم، قم، س ۱۳۶۸.

➤ \_\_\_\_\_، **کتاب بیع**، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم، قم،

۱۳۶۸ ه. ق

➤ خوانساری نجفی، موسی بن محمد، **منیة الطالب**، نجف، مطبعه

المرتضویه، سال ۱۳۵۷ ه. ق.

- خوئی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، چاپ امیر، قم، ۱۳۶۶ ه. ق.
- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، **المفردات فی غریب القرآن**، مصر، دفتر نشرالکتاب، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ه. ق.
- روحانی، محمدصادق، **فقه الصادق**، مدرسه الامام صادق (ع)، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ه. ق.
- الزبیدی، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسینی، أبو الفیض، **الملقب به مرتضی، تاج العروس**، دار الهدایه، بی جا، بی تا.
- سرخسی، شمس الدین، **المبسوط**، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۶ ه. ق.
- شیخ الشریعه اصفهانی، **رساله لاضرر**، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ه. ق.
- شریف لاهیجی، محمد بن علی، **تفسیر لاهیجی**، انتشارات دفتر نشر داد، تهران، ۱۳۷۳.
- صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم، **منتهی الارب فی لغه العرب**، تهران ۱۲۹۷.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسین، **تهذیب الاحکام**، دار الکتب الاسلامیه، قم، ۱۳۹۰ ه. ق.
- \_\_\_\_\_ ، **مبسوط**، انتشارات حیدری، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۸.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **ملحقات عروه الوثقی**، قم مکتبه الداوری، بی تا.
- طباطبایی، سید علی، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، ۱۴۰۴ ه. ق.
- طباطبایی حکیم، محسن، **مستمسک العروه الوثقی**، قم، مکتبه مرعشی نجفی، ۱۴۴۰ ه. ق.

- طریحی، شیخ فخرالدین، مجمع البحرين، بیروت: دارالمکتبه الهلال، چاپ اول، ۱۹۸۵ ه. ش.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه. ق.
- عاملی، محمد بن جمال (شهید اول)، و زین الدین بن علی (شهید ثانی)، شرح لمعه، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰ ه. ق.
- فیروزآبادی، مجدالدین محمد ابن یعقوب، القاموس المحیط، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت.
- فخرالمحققین، محمد بن حسین بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ه. ق.
- فقیه، محمد تقی، القوائد الفقهیه، بیروت: درالاضواء، چاپ دوم، ۱۴۰۷ ه. ق، ۱۹۸۷ م.
- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، دارالکتب العلمیه، ۱۳۹۸ ه. ق.
- فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، بیجا، س ۱۳۶۹.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تحقیق علی اکبر غفاری، دارالکتب الاسلامیه.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۰۸ ه. ق.
- مسعود، جبران، الرائد، دار العلم للملایین، بیروت، ۱۹۹۰.
- مراغه ای، میر فتح، عناوین الاصول، ج ۱، ۱۲۹۷ ه. ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقیهه، مدرسه امام امیرالمومنین (ع)، قم، ۱۴۱۱ ه. ق.

- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- نجفی خمینی، محمد جواد، **تفسیر آسان**، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۹۸.
- نائینی، میرزا حسین، خوانساری، شیخ موسی، **منیة الطالب**، موسسه النشر الاسلامیه، قم، ۱۴۱۸ ه. ق.
- نراقی، ملا احمد، **عوائد الایام**، چاپ تهران، ۱۳۴۵ ه. ق.
- وحید بهبهانی، مولی محمد باقر، **حاشیه مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان**، مؤسسه العلامه المجدد الوهید البهبهانی، ۱۴۱۷ ه. ق.

## مقالات

- حکمت، محمدعلی، **تأثیر تغییر اوضاع و احوال**، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳، سال ۶۴.
- رفیعی، محمد تقی، **مقاله تعدیل قرارداد با مطالعه تطبیقی**، چاپ شده در کتاب حقوق مدنی تطبیقی، به قلم گروهی از مؤلفان، انتشارات سمت و دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، س ۱۳۸۶ ه. ش.
- حسین آبادی، امیر، **تعادل اقتصادی در قرارداد (۱)**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۰-۱۹.
- \_\_\_\_\_، **تعادل اقتصادی در قراردادهای (۲)**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲-۲۱.

سایر منابع

فرانسه

**1. Weil (Alex), Terre (Francois), droit civil, Introduction  
general, 4edition, Dalloz 1979 .**

**2. Mousseron, (j.M.), La gestion des risques par le Contrat.**

**RTD, civ. 1988**

**3. Hubert, (M.) observation sur la validite de la claus d'**

**echelle mobile, RTD, civ. 1947, p.19 1**

انگلیسی

**1 -Duxbury, Robert, Contract in a Nutshell, 3 edition , 1994**

## Abstract

The principle of necessity of contracts is considered by lawyers in all legal systems and national law of countries. Acceptance of the effect of change the circumstances is the exception in the principle of necessity of contracts. Contracts with prolonged enforcement may encounter events that indispose the primary equilibrium of contract and increase the undertaking of one party. Some ways that exist for comparing this indisposed equilibrium, are called adjustment of contract. Such action can be realized by the parties of contract, legislator or judge that is called contract adjustment, statutory adjustment and judicial adjustment. In this inquiry we consider the juridical rules governing in adjustment of contract. Contract adjustment with sovereignty of rule of provisions is accepted in law of Iran but this subject has some exceptions that limit the powers of the parties in doing this adjustment. In context legal adjustment, numerous cases exist in law of Iran that legislator anticipates change of time of contract or its content by use the juridical rule of negation hardship and fault. If the parties and the legislator didn't anticipate the adjustment of contract, judge can revise content of the contract, by using accepted rule for example rule of no harm or interpretation the will of the parties and....

**Keywords:** Juridical rules, adjustment of contract, rule of conditions, rule of negation of hardship, rule of no harm.



**Yazd University**

**Maybod Theology Department**

**Islamic jurisprudence and private law branch**

**Thesis submitted**

**for the degree of M.Sc.**

**Title:**

**juridicial rules governing in adjustment of contract.**

**Supervisor:Dr. A. Kalantari**

**Advisor:Dr.S.A.Mirkhalily**

**By:Affat ghaedi moslo**

**May 2012**

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.