

نوسانات اقتصادی و آثار آن بر تعهدات متعاملین (از دیدگاه فقه امامیه)

نوع مقاله: پژوهشی

خسرو مهرعلیان^۱

بیت‌اله دیوسالار^۲

فخراله مولائی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۲۳

چکیده

در شرایط کنونی قراردادهای تعهدات، تحت تأثیر شدید شرایط اقتصادی کشور قرار گرفته و افزایش روزافزون قیمت و عدم ثبات در بازار منجر به ضرر شدیدی به متعهد گردیده است که باید آنرا جبران نماید. با وجود این، گاه اجرای دقیق تعهد با توجه به گذشت زمان و تغییرات غیرقابل پیش‌بینی مقدور نمی‌باشد. چه بسا متعهد را دچار دشواری غیرقابل تحمل می‌کند و او را به ورطه سقوط اقتصادی می‌کشاند. حال سؤال این است که آیا تعهد این افراد با توجه به نوسانات شدید اقتصادی همچنان الزام‌آور است یا با توجه به تغییرات اوضاع و احوال می‌توان آنرا تغییر داد. در برخی موارد نوسان شدید قیمتی ادامه حیات قراردادهای غیرممکن ساخته و با توجه به دارا شدن ناعادلانه طرف دیگر، مبنای مناسبی برای تعدیل قرارداد می‌باشد و با عنایت به اینکه در نظام حقوقی ایران، اصل لزوم قراردادهای حاکم است، می‌توان با توجه به مبانی فقهی از جمله قاعده عسر و حرج، قاعده لاضرر و قاعده غبن فاحش مفاد قرارداد منعقد شده بین متعاملین را بازبینی کرد. هرچند در برخی محاکم این فرایند را تبدیل تعهد تلقی نموده و تعدیل آنرا مجاز نمی‌دانند؛ اما می‌توان در اثر حوادث پیش‌بینی‌ناپذیر مفاد قرارداد را بازبینی و بتوان بر اساس قواعد فقهی راه‌حل روشن و صریح در این موارد ارائه نمود و به دلیل مزایای قابل توجه تعدیل قرارداد از جمله سازگاری با خواست طرفین و واقعیات تجاری در قراردادهای درازمدت بر فسخ ترجیح دارد. قطعاً دادرسی هم ورود ضرر ناروا به متعهد را مدنظر دارد که با

^۱ دانشجوی دکتری رشته فقه و حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران (نویسنده مسئول)
Kh.mehraliyan@gmail.com

^۲ استاد راهنما، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران
Beytollahdivsalar@yahoo.com

^۳ استاد مشاور، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران
kandeloos.fmk@gmail.com

اجرای قرارداد موجب دشواری و مشقت نا متعارف گردیده است. بنابراین در چنین مواردی اجرای قواعد فقهی، راه‌حل مناسبی در جهت حفظ و تعدیل قرارداد و یا در بعضی موارد فسخ قرارداد محسوب می‌شود.

کلمات کلیدی: فقه امامیه، تعهدات متعاملین، قاعده لاضرر، نوسانات اقتصادی

طبقه‌بندی JEL: P48, 017

مقدمه

شرایط متعارف و سایر عوامل مؤثر در انعقاد عقد افراد را ملتزم به تعهدات ناشی از عقد می‌نماید که اصل لزوم قراردادهای ضامن استحکام عقود و معاملات است که طرفین قرارداد با در نظر گرفتن تحولات و تغییرات قابل تصور و پیش‌بینی مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نمایند این سخن برای شرایط معمولی سنجیده و معقول است. لیکن در بعضی از حالات و زمان‌ها در اثر وقوع حوادث ارادی و غیرارادی در زندگی بشر آنچنان تحولی رخ می‌دهد که غیر قابل تصور، پیش‌بینی و اجتناب است. چنانچه وقوع این حوادث موجب عدم امکان اجرای قرارداد می‌گردد. در حال حاضر اقتصاد کشور به شدت تحت تأثیر قراردادهای قرار گرفته. فعالان اقتصادی و پیمانکاران را به واکنش وادار کرده است. با توجه به افزایش قیمت آنها را با تردید مواجه نموده و ترجیح می‌دهند که منتظر باشند تا ببینند چه اتفاقی می‌افتد آیا بازار به ثبات می‌رسد یا نه از طرفی این تغییرات برای تولیدکنندگان و واردکنندگان نفعی ندارد خسارات زیادی را وارد می‌کند و هرگاه در نتیجه تخلف متعهد به متعهدله ضرر برسد متعهد مسئول است و باید آن را جبران کند با وجود این گاه اجرای دقیق مفاد تعهد با توجه به گذشت زمان و تغییر غیرقابل پیش‌بینی و بنیادی چنین اوضاع و احوال معقول به نظر نمی‌رسد و چه بسا متعهد را دچار دشواری غیرقابل تحمل می‌کند یا او را از هستی اقتصادی ساقط می‌نماید. بنابراین بحث مطرح می‌شود که آیا مفاد قرارداد و تعهد همچنان الزام‌آور است یا با توجه به تغییرات اوضاع و احوال می‌توان آن را تغییر داد، و ازسویی تغییر اوضاع و احوال و از طرفی بررسی میزان تأثیر است که اجرای تعهد را دشوار کرده و متعهد را در شرایط عسر و حرج و مشقت قرار داده و از طرف دیگر تعادل و توازن اقتصادی قرارداد را به هم زده و از این بابت خسارت عمده و قابل توجهی متوجه متعهد می‌گردد طرح این مسئله مستلزم بررسی فقهی موضوع و آثار فقها و اندیشمندان اسلامی است که هر یک با دیدگاه خاصی به موضوع نگریسته اند و به نتایج متفاوتی نیز در این زمینه دست یافته‌اند لذا سعی بر آن است با مطالعه و بررسی منابع فقهی، حقوقی و قانونی با استفاده از آن براساس قاعده عسر و حرج و لاضرر بتوانیم راه‌حل روشن و صریح در این موارد ارائه نماییم تا حتی‌الامکان گامی هرچند کوچک در جهت کمک به پایان تداوم سکوت قانون‌گذار و تصویب قانونی جامع برداشته و بدین وسیله راه‌حلی جهت استفاده مراجع قضایی و حقوق‌دانان ارائه نماییم و آثار آن نیز در قراردادهای مورد توجه قرار گیرد.

از اینکه قراردادهای همواره نقش تنظیم روابط مالی مردم در سطح وسیعی را بر عهده داشته است و گردش اقتصادی یک کشور را در کنترل خود می‌گیرد شکی وجود ندارد و مهم‌ترین تأثیر اقتصادی قراردادهای در حوزه قیمت‌ها است. بنابراین هر خللی در توافقات و قراردادهای میان اشخاص در جهت طی شدن این مسیر سبب ایجاد تورم و نابسامانی‌های اقتصادی می‌گردد همچنین سوء

استفاده اشخاص دارای موقعیت برتر، عدم کنترل اقتصادی قراردادهای توسط نهادهای دولتی، عدم دخالت دادگاه‌ها در تعدیل قراردادهای، نتیجه‌ای جز بدتر شدن اوضاع اقتصادی کشور نخواهد داشت و اصل وفای به عهد گاهی با موانعی روبرو می‌شود به گونه‌ای که بروز موانع گاه اجرای موضوع قراردادی را ناممکن ساخته و گاه اجرای آن را با مشقت و دشواری زیادی همراه می‌نماید یکی از مشکلاتی که همواره اجرای تعهدات قراردادی به ویژه قراردادهای طولانی اقتصادی را مورد تهدید قرار می‌دهد. گذشته از حوادث منع‌کننده بر هم خوردن تعادل اقتصادی در اثر شرایط و اوضاع و احوال غیر قابل پیش‌بینی است در چنین وضعیتی تحمیل چنین شرایطی بر یکی از طرفین عقد ناعادلانه به نظر می‌رسد. از آنجا که ما در یک جامعه قانون‌مند زندگی می‌کنیم و قانون مرجع کلیه اختلافات و مراعات افراد جامعه در هر زمینه‌ای می‌باشد. وجود چنین خلاء قانونی موجبات تشتت آراء و بعضاً احکام مغایر محاکم قضایی و سایر مراجع حل اختلاف را به دنبال خواهد داشت.

در جریان اجرای قرارداد ممکن است حوادثی رخ دهد که مانع اجرای تعهدات یک یا هر دو طرف قرارداد شود بدون آنکه طرف قرارداد در وقوع آن مانع نقشی داشته باشد در مواردی شرایطی که به هنگام انعقاد قرارداد اساس توازن قرارداد بوده است در اثر بروز حادثه‌ای بهم می‌ریزد و متعاقب آن اجرای قرارداد را برای متعهد دشوار می‌کند قانونگذار در این خصوص قاعده‌ای وضع نکرده در عصر جدید سؤالاتی پدید آمده که مقتضیات عصر حاضر پاسخ‌گویی دقیق به آنها را ایجاد می‌کند با تبعیت از نظر مشهور فقها امامیه پاسخ به سؤالات و اثبات فرضیه پرداخته و مقتضیات عصر ما ایجاد می‌کند بعضی از مسائل مجدداً مورد ارزیابی قرار گیرد فقهای امامیه در پاسخ به سؤالات اختلاف نظر دارند و این تشتت آراء باعث قضاوت‌های متفاوتی گردیده که طرح این مسئله مستلزم بررسی فقهی موضوع و آثار فقها و اندیشمندان اسلامی است و با بررسی آیات و روایات و دلیل عقلی می‌توان نتیجه گرفت در اسلام حکم حرجی و مشقت بار وضع نگردیده. لذا سعی بر این است با مطالعه و بررسی منابع فقهی، حقوقی و قانونی و براساس قاعده عسر و حرج و قاعده لاضرر بتوانیم راه‌حل روشن و صریح در این موارد ارائه نماییم، تا حتی‌الامکان گامی هر چند کوچک در جهت کمک به پایان تداوم سکوت قانون‌گذار و تصویب قانونی جامع برداشته و بدین وسیله راه‌حلی جهت استفاده مراجع قضایی و حقوق‌دانان ارائه نماییم و این آثار در قراردادهای نیز مورد توجه قرار گیرد. بنابراین با توجه به مطالب ذکر شده در بالا، محقق در این مقاله در صدد پاسخ به سؤالاتی به شرح ذیل است:

- ۱- نوسانات اقتصادی بر تعهدات متعاملین چه تأثیر دارد؟
- ۲- تأثیر‌گذاری نوسانات اقتصادی بر تعهدات بر چه مبانی استوار است؟

۳- شدت و ضعف نوسانات اقتصادی بر تعهدات متعاملین چه آثاری دارد؟

۱. تبیین قرارداد و تعهدات و شروط آن

هم‌چنان‌که از نام پیداست، یکی از عناصر اصلی، قرارداد است. قرارداد و تعهد از اصطلاحات مهم و پرکاربرد حقوقی می‌باشد. در عین ارتباط و نزدیکی این دو اصطلاح با هم، لیکن مفهوم هریک متفاوت از دیگری است. در این گفتار مفهوم قرارداد و تعهد به صورت جداگانه بیان می‌گردد و سپس به مقایسه آنها پرداخته می‌شود. در اصطلاح حقوقی قرارداد از معنای لغوی خود دور نشده و مترادف با عقد به معنای ربط قراری به قرار دیگر یا ارتباط در قرار معاملی است. در اصطلاح حقوقی، قرارداد یکی از مصادیق اعمال حقوقی است. مراد از اعمال حقوقی نیز آن دسته از پدیده‌های حقوقی‌اند که آنچه در درجه اول در ترتب آثار حقوقی بر آنها نقش دارد، اراده اشخاص است؛ برخلاف وقایع حقوقی که آثار حقوقی آنها به اراده شخص مربوط نشده، بلکه به حکم قانون مترتب می‌گردند و به نوبه خود ممکن است واقعه‌ای ارادی باشد؛ مثل غصب و اتلاف، یا واقعه‌ای غیر ارادی باشد، مثل فوت، تولد، حوادث قهری و... وجه تناسب معنی اصطلاحی و معنی لغوی آن است که در اثر انعقاد عقد بین دو نفر، رابطه حقوقی ایجاد می‌شود و آن دو را به یکدیگر مرتبط می‌سازد.^۱

در قانون مدنی ایران هم واژه عقد به کار رفته است. قانون‌گذار در ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد را عبارت از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد، تعریف می‌کند. با دقت در این تعریف می‌توان دو شرط اساسی را برای صدق عقد در موردی استفاده کرد: ۱- توافق دو یا چند اراده با هم ۲- ایجاد تعهد. قانون مدنی عقد را توافق دو یا چند نفر برای ایجاد تعهد دانسته است. منظور از دونفر، دو اراده است. عقد توافق دو اراده است برای ایجاد تعهد. آنچه مهم است دو اراده است نه دو شخص؛ زیرا ممکن است یک نفر به نمایندگی از دو طرف، قرارداد را منعقد نماید در این موارد در ظاهر یک شخص وجود دارد ولی در واقع یک شخص بیانگر دو اراده است.

۱-۱. مفهوم فقهی

عقد به معنای عهد یا عهد مؤکد است و به عبارت دیگر موجودی اعتباری که در آن الزام و التزام نهفته است.^۲ در معنای دیگری عقد عبارت است از تعهد و معاهده شخص با شخص دیگری در امری

^۱ امامی، سید حسن (۱۳۹۹) حقوق مدنی، جلد ۱ تهران: کتابفروشی اسلامیة. چاپ ۲۸

^۲ نائینی، میرزا حسین، خونساری، شیخ موسی، منیة الطالب، جلد دوم، تهران: چاپخانه حیدری، ۱۴۱۸، ص ۳۳.

از امور است خواه این امر امور مالی باشد (مثل معاوضات) و خواه از امور غیر مالی (مثل نکاح)، که با انعقاد عقد (قرارداد) آن امر در عالم اعتبار حاصل و آثارش بر آن مترتب می‌شود.^۱

۲-۱. مفهوم حقوقی قرارداد

عقد یا قرارداد عمل حقوقی است که به توافق صورت می‌گیرد. نمایندگان دو نفع متضاد برای رسیدن به هدفی خاص برای خود بر سر یک راه مشترک برای رسیدن به این هدف با هم به توافق می‌رسند همین توافق اراده‌ها را عقد یا قرارداد می‌گویند. ماده ۱۸۳ ق م عقد را این چنین تعریف می‌کند "عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آنها باشد". بسیاری از حقوق‌دانان از جمله دکتر صفایی و دکتر شهیدی معتقدند این تعریف از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه اخذ شده است.

۳-۱. تعهد

تعهد مصدر باب تفاعل و از ریشه عهد است که در لغت به معنای به عهده گرفتن، خود را مدیون کردن، بستن و الزام می‌باشد. در اصطلاح حقوقی تعهد عبارت است از اینکه شخص یا اشخاص معین در مقابل شخص یا اشخاص دیگری به حکم عقد یا شبه عقد، جرم یا شبه جرم، و یا قانون مکلف به انجام امری یا خودداری از انجام امری می‌شوند؛ به عبارت دیگر تعهد یک رابطه حقوقی است که به موجب آن شخص می‌تواند انجام یا خودداری از انجام امری را از دیگری بخواهد. این رابطه حقوقی گاه از قرارداد حاصل می‌شود و گاهی قانون این رابطه را ایجاد می‌کند، بدون اینکه طرفین آن را اراده کرده باشند.^۲ گرچه اصطلاح تعهد به طور معمول در موردی به کار می‌رود که متعهد بنا به اراده خود آن را به عهده گیرد و آنچه را که به حکم قانون بر او تحمیل شده است را الزام می‌نامند؛ در فقه به جای اصطلاح تعهد غالباً لفظ شرط به کار رفته است و التزام نیز به معنای تعهدی است که بدون قرارداد حاصل می‌شود.^۳ اما در ادبیات حقوقی ایران بدون توجه به منشاء تعهد یا التزام آن تعهد نامیده می‌شود.

^۱ موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۹۳). «مسئولیت مدنی و کیفری پزشک با تکیه بر آرای امام خمینی

(س)، مجله حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، سال سوم، شماره ۹.

^۲ صفایی، سیدحسین (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان. چاپ ۳۰ - ص ۱۲.

^۳ افتخاری، جواد (۱۳۹۵). کلیات عقود و حقوق تعهدات. تهران: میزان. چاپ دوم - ص ۱۸.

۴-۱. شروط ایجاد قرارداد

شرط ایجاب و قبول: ایده اساسی "اصول" این است که توافق طرفین به خودی خود برای انعقاد قرارداد کافی است (رجوع کنید به ماده ۲-۳) مفاهیم ایجاب و قبول به طور سنتی برای تعیین این مطلب به کار گرفته می‌شوند که آیا طرفین به توافق رسیده‌اند یا نه؛ و اگر پاسخ مثبت است، این توافق چه وقت صورت گرفته است. با توجه به ماده فوق و فصل مربوط به آن، آشکار می‌شود که "اصول" این مفاهیم را به عنوان ابزار اساسی برای تجزیه و تحلیل حفظ می‌شود.

۵-۱. شرایط انعقاد یک قرارداد

الف) قصد التزام قانونی: برای انعقاد یک قرارداد ضروری است طرفین قرارداد قصد نمایند که براساس قرارداد مزبور ملتزم شوند. ماده ۱۰۲-۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا این شرط را بسط داده و بیان می‌دارد در مواردی که یک طرف قرارداد قصد نداشته باشد تا خود را قانوناً ملتزم به مفاد قرارداد نمایند، اگر طرف دیگر قرارداد دلیلی ارائه نماید مبنی بر اینکه او از اظهارات و رفتار طرف قرارداد این قصد را استنباط نموده، طرف قرارداد علی‌رغم عدم وجود قصد التزام، ملزم به مفاد قرارداد می‌باشد. همچنین در مورد ضرورت "قصد التزام" قواعد خاصی در ماده ۱۰۳-۶ مشاهده می‌شود.

ب) توافق کامل: ماده ۱۰۳-۲ به تفصیل به بیان مفهوم این شرط می‌پردازد.^۱

۶-۱. حقوق ایران

به موجب ماده ۱۹۱ قانون مدنی، عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند. بر این اساس، برای تحقق قرارداد ضرورت دارد که طرفین قصد ایجاد التزام داشته باشند و اراده واقعی آنان بر وقوع عقد تعلق پذیرد. اما چنانچه نتوان از بیان عبارات طرفین چنین استنباطی را به عمل آورد، به استناد اصل عدم، وقوع عقد منتفی است. در حقوق اسلام نیز قاعده مشهور "العوقد تابعه للقصود" دلالت بر این امر دارد. پس هنگامی که طرفین هنگام ادای جملات و عباراتی که به منزله مذاکرات مقدماتی است، قصد التزام به مفاد قرارداد را ندارند، عقد منعقد نمی‌شود و مذاکرات یاد شده بی‌اثر است.^۲

در حقوق ایران به استثنای مواردی چند، انعقاد قرارداد تابع تشریفات خاصی نبوده و طرفین می‌توانند قرارداد را به هر وسیله‌ای که تمایل دارند منعقد نمایند. قرارداد می‌تواند به صورت شفاهی

^۱ O. Lando & H. Beale [eds], Parts I & II. Op. Cit, P. 137

^۲ مهدی شهیدی (۱۳۹۳). تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدانان، چاپ ۱۰، ص ۱۳۸

منعقد شود یا به موجب سند عادی یا رسمی مورد توافق واقع شود. ماده ۱۹۱ ق.م.هیچ‌گونه شرط شکلی را برای تحقق عقد لازم ندانسته و تنها مواردی که ضروری است، وجود قصد انشاء است. همچنین ماده ۱۹۳ ق.م. انعقاد معامله به وسیله عمل را نیز مورد تأیید قرار داده است. در خصوص سایر اعمال حقوقی مانند ایقاعات وضعیت به همین ترتیب است و به عنوان مثال، در ماده ۴۴۹ ق.م.فسخ معامله به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود و همچنین به موجب ماده ۱۴۸ و ۲۵۱ ق.م.تنفیذ و ردّ معامله فضولی از همین قاعده تبعیت می‌کند.

در حقوق اسلام از قواعدی چند مانند "العقود تابعه للمقصود" و "انما الاعمال بالنیات" همین نظریه استنتاج می‌گردد و یکی از تقسیم‌بندی‌های عقود در نظام حقوقی ایران، عقد رضایی است که برای وقوع آن، انجام هیچ‌گونه تشریفات ضرورت ندارد و اصل رضایی بودن عقود است.^۱ برخی از نویسندگان اصطلاح "عقد رضایی" را مورد انتقاد قرار داده و آن را عقد قصدی معنی کرده‌اند که به نظر موجه نیست زیرا در نقطه مقابل آن که عقد تشریفاتی و عینی قرار دارد بایستی بر آن بود که چنین عقود غیرقصدی هستند، درحالی‌که به حکم ماده ۱۹۱ ق.م.تحقق تمامی عقود، نیازمند رکن اساسی یعنی قصد هستند. اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند در رابطه حقوقی میان خود، انجام تشریفات را برای انعقاد قرارداد و یا اجرای تعهدات ناشی از آن، مقرر نمایند. به عنوان مثال، در مذاکرات مقدماتی پیش‌بینی کنند که قرارداد هنگامی تشکیل خواهد شد که به صورت کتبی تنظیم شده باشد و به امضای طرفین برسد. این موضوع مورد تأیید حقوقدانان ایرانی قرار گرفته است.^۲ در حقوق‌ها تحقق عقد نیازمند اراده واقعی هر دو طرف عقد است و چنانچه احراز شود یکی از آن دو، قصد انشاء عمل حقوقی را نداشته، عقدی واقع نخواهد شد. بدیهی است طرفی که مدعی است اظهارات وی به عنوان قصد انشاء نبوده، بایستی این امر را اثبات کند. البته در چنین مواردی، فرض بر این است که در عالم خارج، ایجاب و قبولی واقع شده و سپس یکی از طرفین مدعی است که مثلاً به هنگام اعلام قبولی قصد حقیقی بر ایجاد عقد و التزام به آن نداشته است.^۳

^۱ ناصر کاتوزیان (۱۳۹۳). قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ ۹، ص ۹۲

^۲ ناصر کاتوزیان (۱۳۹۳). قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ ۹، ص ۹۳

^۳ ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، نشر فروزش، تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۰۹.

۷-۱. شروط ابتدایی؛ مذاکره و پیش‌قرارداد در فقه امامیه و در حقوق ایران

در اکثر کتب لغت، شرط به "الزام و التزام امری در ضمن بیع و مانند آن" تعریف شده است و گاهی، شرط به معنی "معروف" آمده است. در قرآن مجید واژه شرط به صورت مفرد نیامده است ولی صورت جمع آن، اشراط، به کار رفته است. از جمله در آیه فقد جاء اشراطها (محمد/۱۸) که در آن اشراط به معنای نشانه‌های قیامت است. در روایات، کلمه شرط در معنای خیار نیز آمده است مثل "الشرط فی الحيوان ثلاثه" یعنی ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است. در عرف، واژه شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال می‌شود.^۱ به دلیل کاربردهای متفاوت واژه شرط و اهمیت آن در مباحث فقهی، در کتب فقهی نیز با تعابیر مختلفی معنای آن توضیح داده شده است:

- در معنای حدیث مصدر شرط، شارط و مشروط و... به مفهوم "الزام شخص به امری در ضمن عقد و التزام به آن یا مطلق التزام" است. در این معنا گاهی به خود مشروط نیز شرط گفته می‌شود. همانند خلق به معنی مخلوق.^۲

- شرط در مفهوم مصدری به معنای مرتبط قرارداد شیئی با شیء دیگر است و در این معنا مبدأ اشتقاق کلمات هم خانواده خود است. شرط در مفهوم اسم مصدری به معنای شیء مرتبط با شیء دیگر است.^۳

- شرط به معنای مطلق جعل و قرار و اثبات است که خود بر دو نوع است. گاه از باب الزام و التزام است و گاه از باب تقييد و در هر حال اسم جامد ندارد.^۴

- شرط نه مطلق جعل، بلکه جعل خاصی است که مستلزم التزام و واجب‌الوفاء است (همانجا).
- از دیدگاه میرفتاح مراغه‌ای شرط در لغت به معنای ربط است و شرط ضمن عقد به معنای ربط و ایجاد علاقه بین عقد و آن چیزی است که مورد شرط قرار گرفته است. با وجود این او، اناطه و تقييد را در مورد مفهوم شرط مطرح نکرده است.

- بعضی شرط را به معنی ضم گرفته‌اند (الشريط یعنی ما یضم به الشیء الی الشیء) و گفته‌اند التزام را از این رو شرط می‌گویند که ضمان فی‌الذمه است. همچنین شرط به معنی بسته شده به چیزی به کار رفته است.^۵

^۱ محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت، چاپ ۱۴، ص ۳۶.
^۲ جلیل قنواتی سیدمصطفی محقق داماد، (۱۳۹۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه - جلد اول (با تجدید نظر و اضافات)، تهران، سمت، ص ۵۴.
^۳ سید میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، نجف، مطبقة الآداب، ۱۳۸۶ ق، ص ۲۳۲.
^۴ قنواتی، همان، ص ۱۰۶.
^۵ محمدبن یعقوب، فیروزآبادی، قاموس‌المحیط، بیروت، دارالفکر، بی‌تا، ص ۲۲۳.

- شرط هر حکم معلومی است که متعلق به امری است که با تحقق آن حکم، واقع می‌شود و این حکم مانند علامتی برای آن ارم است. به علامت، شرط می‌گویند و "اشراف ساعه" علامت‌های آن است. همانگونه که در قرآن کریم (محمد/۱۸) آمده است: فقد جاء اشرافها.^۱

۲. تعهدات متعاملین در حقوق ایران و فقه

تعهد در اصطلاح حقوقی، دارای دو معنی مصدری و اسم مفعولی یا همان محصولی است. در معنای مصدری، تعهد عبارت است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد مانند این که کسی در برابر مالک کارخانه‌ای متعهد گردد، در عوض مبلغ معینی، ماشین آلات آن کارخانه را نصب کند. شخصی را که انجام یا ترک عملی را بر عهده می‌گیرد "متعهد" و شخصی که به سود او تعهد به عهده گرفته می‌شود "متعهدله" و مورد تعهد که همان نصب ماشین آلات کارخانه است را اصطلاحاً "متعهد به" می‌گویند. که به عنوان مثال، تعهد در این معنی در ماده ۲۲۱ قانون مدنی به کار رفته است.^۲

در معنی اسم مفعولی، تعهد عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً "بر عهده شخص متعهد ثابت می‌شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی، ملزم به انجام آن خواهد شد. تعهد در این معنی به وظیفه حقوقی که به اراده شخصی بر عهده او قرار می‌گیرد و نیز به وظیفه ای که بدون اراده شخص و مستقیماً" به حکم قانون ثابت می‌شود مانند وظیفه جبران.

خسارت ناشی از تلف کردن مال دیگری به کار می‌رود. برای مثال تعهد در این معنی در ماده ۲۲۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: در صورت عدم ایفاء تعهد، با رعایت ماده فوق، حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیبه مخارج آن محکوم نماید. همچنین در ماده ۲۲۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: در مورد ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید، مگر این که برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده، طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است.

^۱ راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، المفردات، بیروت، دارمکتبه الحیاه، بی‌تا، ص ۴۵۰

^۲ شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). دوره حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مجد، ص ۴۲

همچنین دکتر کاتوزیان در تعرف تعهد می‌نویسد: مفهوم تعهد از آنچه درباره اوصاف و ارکان تعهد گفته شد، به خوبی مشخص می‌شود. ایشان در ادامه بیان می‌دارند: «تعهد، رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می‌شود، خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری» شخصی که در برابر دیگری ملتزم و مجبور شده است، مدیون یا بدهکار، و آن را که حق مطالبه و اجبار مدیون را پیدا کرده است، داین یا طلبکار می‌نامند. بدین ترتیب، رابطه‌ای که یاد شد دو چهره متفاوت دارد:

نخست- از سوی مثبت، که شخصی بر دیگری حق پیدا می‌کند، که آن را حق دینی یا طلب نیز می‌گویند و در نظریه‌های نو در زمره اموال می‌آورند.

دوم- از سوی منفی، که شخصی را ملتزم می‌سازد، دین یا تعهد می‌نامند.

بنابراین، تعهدگاه به رابطه حقوقی طلبکار و بدهکار و به مفهوم جامع طلب و بدهی گفته می‌شود (بند ماده ۲۹۲ ق.م.) و گاه دیگر مقصود از آن، به ویژه در موردی که موضوع آن دادن مبلغی پول است، دین و التزام است (ماده ۲۹۰ ق.م.) برای مثال، وقتی در سندی می‌خوانیم که حسن متعهد است صد هزار ریال به حسین بپردازد یا خانه او را تعمیر کند، مقصود این است که حسن درباره پرداختن پول یا تعمیر خانه مدیون حسین است.^۱ همچنین باید توجه داشت که در جوهر تعهد تکلیف وجود دارد و این امر با اختیار منافی است. چرا که در اختیار شخص می‌تواند آن کار را انجام ندهد و این از مفهوم اختیار کاملاً روشن و آشکار است اما در تعهد در واقع متعهد در انجام یا عدم انجام کار مخیر نیست بلکه وظیفه دارد آن را انجام دهد.

در قانون مدنی ایران واژه تعهد در دو ماده ۱۴۰ قانون مدنی که اشاره به به اسباب تملک دارد در حالت جمع به شکل "تعهدات" آمده است و بار دیگر در ماده ۱۸۳ قانون مزبور که در مقام تعریف عقد بیان می‌دارد: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. به صورت مفرد آمده است. در این تعریف از عقد، با گذر از تعریف تعهد، از آن تنها به عنوان یک واژه یاد شده است. بر این اساس باید گفت قانون مدنی ایران نخست به عقد و تعهد حاصل از آن پرداخته و سپس از قسم دوم تعهدات همچون غصب، اتلاف، تسبیب و استیفاء بحث کرده است.

بنابراین با نگاهی کلی مشخص می‌شود که در قانون مدنی ایران، اسمی از جرم و شبه جرم و شبه عقد در میان نیامده است بلکه این قانون همچون تعریف نخستین آن، تعهد را بر دو قسم دانسته است. قسمتی که ناشی از عقد است و قسم دیگر که در خارج از عقد به وجود می‌آید.^۲

^۱ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۶). دوره حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دهم، تهران، بنیاد حقوقی میزان

^۲ کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، ایقاع (نظریه عمومی، ایقاع معین)، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان

موضوعاتی همچون اثبات، اجرا و سقوط تعهد با بسیاری از فروع آن همچون تعلیق، تبدیل و تهاتر، در مباحثی هستند که در حقوق مدنی در باب تعهدات بدان‌ها پرداخته می‌شود. و همچنین گفتنی است که برخی موضوعات، همچون تبیین و اثبات مسئولیت تقصیر در عدم اجرای تعهد، از مفاهیمی است که اگر چه در جای جای آثار فقهی همچون اتلاف و تسبیب آمده^۱. اما حقوق دانان متأخر با تقسیم آن به نظریه تقصیر و نظریه مسئولیت عینی، با دقت به شرح و بررسی بیشتر آن پرداخته اند.^۲ از موضوعات قابل توجه در این راستا مفهوم ذمه در فقه اسلامی است که براساس نظر برخی پژوهشگران به ویژه اسلام شناسان غربی، از نزدیکترین مفاهیم به تعهد است.

۲-۱. ارکان تعهد

در این بخش قصد داریم، ارکان اصلی تعهد را مورد بررسی و تجزیه تحلیل قرار دهیم. البته در کنار آن، نگاهی به موضوع تعهدات و سابقه آن در اسلام خواهیم نمود.

موضوع تعهدات: موضوع تعهد یکی از پایه‌های اصلی ایجاد رابطه دینی است. باید مدیون در برابر دیگری کاری معین و معلوم را عهده دار شود و هرگاه این کار ناظر به انتقال یا تسلیم عین معین است، آن عین موجود باشد^۳ به طور کلی موضوع تعهدات چه ناشی از عقد و چه خارج از عقد و هر گونه ضمان قهری، سه مبحث انتقال عین خارجی، انجام دادن فعل و یا ترک فعل را شامل می‌شود. بر این اساس محل یا موضوع تعهد همواره نیازمند متعلق خارجی است که عین خارجی معین و فعل معین به ترتیب درباره هر دو مفهوم انتقال یا انجام فعل و ترک آن مصداق می‌یابد.^۴ از سوی دیگر با تعاریف یاد شده، دارا بودن جنبه شخصی تعهد، آن را از حقوق عینی دور ساخته، دو عنصر متعهد و متعهدله را در امر تعهد وارد می‌کند.^۵

موضوع تعهد به طور کلی باید دارای دو شرط ذیل باشد:

نخست - موضوع تعهد باید معلوم یا دست کم قابل تعیین باشد و یکی از دو چیز به طور مردد تلقی نشود. با این وجود، گاه ممکن است طلبکار در انتخاب یکی از دو موضوع آزاد باشد: مانند اینکه

^۱ شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳، ص ۱۶۰

^۲ امامی، میر سید حسن، (۱۳۹۹). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۳۸، تهران، انتشارات اسلامیة

^۳ همان، ۶۸

^۴ همان، ص ۸۵

^۵ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۶) دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، جلد اول، بی تا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۴، ص ۹۶

خریدار مال معیوب اختیار دارد که با فسخ معامله ثمن را بخواهد یا ارش بگیرد، یا متعهد اختیار انتخاب یکی از چند مال را در مقام اجرای تعهد پیدا کند: مانند تعهد به تملیک مال کلی که مدیون در انتخاب مال مورد انتقال آزاد است.

دوم - موضوع تعهد باید مقدور باشد: کاری که هیچ کس از عهده آن بر نمی آید، موضوع تعهد قرار نمی گیرد. به اضافه در مواردی که موضوع تعهد انتقال مال معین است، قدرت بر تسلیم در انتقال دهنده نیز شرط درستی تعهد است (ماده ۳۴۸ق.م) در واقع آنچه قانون در شرایط موضوع معامله مقرر داشته است، در واقع به موضوع تعهد ارتباط دارد.^۱

دو طرف تعهد (متعاملین): برای تصور تعهد، وجود شخصی به عنوان طلبکار یا صاحب حق و شخص دیگری به عنوان متعهد یا مدیون ضروری است. در پاره‌ای موارد، ممکن است طلبکار معین نباشد ولی تعهد زمانی صورت خارجی پیدا می کند و اجرا می شود که طلبکار نیز معین گردد. این بحث که آیا تعهد را دو طرف آن باید با توافق به وجود آورند یا شخص می تواند برای خود یا دیگران ایجاد تعهد کند (که خود محل بحث است)، ارتباطی به دو طرفی بودن رابطه تعهد ندارد. زیرا بر فرض که ایجاد تعهد به اراده یک شخص نیز مورد قبول قرار گیرد، باز هم آنچه به وجود می آید ناچار رابطه بین دو شخص است. به بیان دیگر، وقتی گفته می شود که تعهد رابطه حقوقی بین مدیون و طلبکار است، مقصود بیان ارکان وجود تعهد است نه چگونگی ایجاد آن. اشتباه بین این دو مرحله، ناشی از اختلاط دو مفهوم عقد و تعهد در فقه است که باید از آن پرهیز کرد. چرا که در فقه امامیه عقد را از اقسام تعهدات شمرده اند و گاه نیز به عقدی مانند ضمان یا وکالت، تعهد گفته شده است. همچنین مرحوم نائینی که می نویسد: «معنی العقد لغه و عرفاً ذهو العهد الموكد» که در اینجا عهد را به معنی پیمان می داند. همچنین صاحب مجمع البیان نیز تفاوت عقد و عهد را در دو نکته می داند: اول-عقد به معنی عهد موكد و شدید است دوم-عقد بین دو نفر بسته می شود و عهد ممکن است به وسیله یک شخص ایجاد شود و ار آن نتیجه می گیرد که هر عهده‌ی عقد است ولی هر عقدی عهد است ولی هر عقدی عهد نیست.^۳

به هر حال، لزوم وجود طلبکار و بدهکار برای تحقق دین به اندازه‌ای بدیهی است که هرگاه این دو صفت در یک شخص جمع شود، تعهد ساقط می شود. برای مثال، اگر کسی مدیون پدر خود باشد

^۱ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۶). دوره حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دهم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ص

۷۰

^۲ جعفری لنگرودی (۱۴۰۰)، وصیت، بی تا، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ ۵، ص ۲۱

^۳ شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، استبصار، تحقیق سید حسن خراسان، چاپ چهارم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵

و مطالبات پدر را به میراث ببرد، در اثر جمع شدن دو عنوان طلبکار و بدهکار در او، تعهد از بین می‌رود (ماده ۳۰۰ ق.م) همچنین موردی که طلبکار حق خود را به مدیون انتقال دهد.^۱

اسباب ایجاد تعهد: اسباب ایجاد تعهد در روابط حقوقی می‌تواند عقد، ایقاع و یا الزامی قهری باشد. در ادامه با قدری توسعه در پایه‌ها و اسباب تعهدات، افزون بر عقد باید به شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون اشاره کرد که می‌توان از آن به عنوان تقسیمی کلاسیک یاد کرد. در نگرش نوین با توجه به عمل و فعالیت به مثابه منشاء اصلی کلیه روابط حقوقی، اسباب تعهد در دو بعد "عمل حقوقی" و "واقعه حقوقی" خلاصه می‌شود. بر این اساس هر گونه عقد و ایقاع که تحقق آن منوط به قصد انشاء بوده باشد، به عنوان عمل حقوقی در نظر گرفته می‌شود. در مقابل در بحث واقعه حقوقی، بدون اعتبار قصد انشاء در تحقق، آثار قانونی بر آن مرتب می‌گردد. در بعد عمل حقوقی، تعهد شخص، ارادی و خود خواسته است ولی در واقعه حقوقی، خواست شخص دخیل نبوده و حتی گاه موجب تضرر وی می‌گردد که نمونه اخیر در شمار جرم و شبه جرم دسته‌بندی می‌شود. در تفکیک دو گونه از تحقق رابطه حقوقی باید به یک طرفه بودن آن و اراده طرف دیگر به عنوان مناط تحقق اشاره کرد.^۲

۲-۲. اقسام تعهد به طور کلی

به طور کلی می‌توان تعهد را از حیث استقلال یا وابستگی به دو منظر ضمنی و ابتدایی تقسیم کرد. تعهد ابتدایی، تعهدی مستقل و مستقیمی است که از لحاظ صیغه و شرایط، در عقود مصطلح از جمله بیع، اجاره، صلح و هبه جای نمی‌گیرد و در مقابل تعهد ضمنی است که تعهدی است غیر مستقل و غیر مستقیم که ضمن تعهدات اصلی (عقد) واقع شده و غالباً تحت عنوان شروط بررسی می‌شوند. قابل ذکر است که هر دو نوع از این تعهدات مستقل و غیر مستقل، مصداق تعهد برای متعهد، تکلیف و برای متعهدله حقی را ایجاد می‌کند. در مقابل وفای به عهد و اجرای تعهد، باید دانست که عدم اجرای تعهد، بنا به قاعده تسبیب، متعهد را ملزم خواهد نمود که در صورت اصرار، جبران خسارت متعهدله را بنماید.^۳ البته لازم به ذکر است که در خصوص تعهدات ابتدایی و لازم الوفاء بودن یا نبودن آن اختلاف نظرهای شدید وجود دارد که بررسی آن موضوع اصلی این پژوهش می‌باشد.

^۱ انصاری، مرتضی (شیخ انصاری) (۱۳۹۸). المکاسب، جلد دوم و سوم، چاپ ۲۸، قم، ص ۷۹

^۲ همان

^۳ گرجی، ابوالقاسم (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۳

۲-۳. جایگذاری تعهد و التزام به جای یکدیگر

در حقوق کشورهای اسلامی، گاه تعهد و التزام به جای یکدیگر استفاده شده است. برای نخستین بار در قانون مدنی سابق کشور مصر، از تعهد یاد شده اما در قوانین جدید کشورهای عربی با عدول از به کارگیری این اصطلاح، واژه التزام به کار رفته است. این در حالی است که برخی برای افاده معنای دقیق، به کار گیری دو کلمه التزام و ضمان را با هم، جایگزین مناسب برای تعهد می‌دانند.^۱ در این راستا الزام‌آور بودن تعهد، در دیون ناشی از مسولیت های مدنی و عقود لازم، امری بدیهی و آشکار است. بنابراین می‌توان تعهد و التزام را به جای یکدیگر استفاده نمود.

۲-۴. شرط بنایی در فقه امامیه

شرط بنایی از ابتکارات فقیهان امامی است و تفکیک آن از شرط ضمنی عرفی نیز ضروری است زیرا طبیعتاً فرق است بین شرطی که به یک عقد اختصاص دارد و فقط معهود طرفین است با شرطی که در همه معاملات از آن نوع متعارف است. در میان فقیهان امامیه سه نظریه گوناگون راجع به شرط بنایی وجود دارد:

نظریه بطلان: مشهور فقهاء متقدم امامیه معتقدند که شرط بنایی باطل و در نتیجه لازم الوفاء نخواهد بود و حتی در برخی از آثار فقها بر این نظریه ادعای اجماع شده است^۲ و دلیل آن را این می‌دانند که شرط برای این که الزام‌آور باشد باید در متن عقد ذکر شود و شرط بنایی گرچه پیش از عقد ذکر می‌شود ولی چون در متن عقد به آن اشاره نمی‌گردد، الزام‌آور نیست و احکام شرط در موردش جاری نمی‌شود. فقط از ظاهر کلام شیخ طوسی در خلاف و علامه حلی در مختلف برمی‌آید که شرط مذکور قبل از عقد همانند شرط مذکور در عقد است. طرفداران نظریه بطلان شرط بنایی برای اثبات نظر خود دلایلی اقامه نموده‌اند مثل این که شرطی که پیش از عقد انشاء می‌شود شرط ابتدایی است و شرط ابتدایی لازم الوفاء نیست ولو این که اثر انشاء تا زمان عقد، بلکه تا زمان وفاء به عقد و پس از آن در نفس ملزم باقی باشد. لذا شرط بنایی هم باطل است. همچنین ادعای اجماع نموده‌اند که پیشتر ذکر شد.^۳ در جواب طرفداران نظریه بطلان، دلایلی ذکر شده است که به اختصار به آن اشاره می‌شود: استدلال به بطلان شروط ابتدایی برای باطل بودن شرط ضمنی بنایی درست

^۱ السنهوری، عبدالرزاق، احمد (۱۳۹۹). اوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، دوره تعهدات، ترجمه محمدرضا

شرافت‌پیما، جلد اول، چاپ چهارم، قم، انتشارات دانشگاه قم، ص ۱۴

^۲ واثقی، محسن (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران، فصلنامه

پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۹، صص ۱۳۷ تا ۱۷۵

^۳ همان، ۱۴۵

نیست، زیرا پیش از این گفته شد که شرط ابتدایی عبارت است از شرط غیر مرتبط با عقد، در حالی که شرط ضمنی بنایی مرتبط با عقد است و تنها فرق آن با شرط صریح ضمن عقد این است که پیش از عقد ذکر می‌شود و هنگام عقد به تبانی بر آن اکتفا می‌گردد.^۱ همچنین استدلال به اجماع را نیز رد کرده‌اند، زیرا تحقق تعبدی در این مساله بسیار بعید است و به احتمال قوی این اجماع مدرکی و مستند است، یعنی اجماع‌کنندگان در واقع به ادله دیگری نظر داشته‌اند. افزون بر این، نقطه تمرکز اجماع دقیقاً مشخص نیست. شاید نقطه تمرکز عدم اعتبار شرطی باشد که پیش از عقد ذکر شده، ولی هنگام عقد تبانی و توافق بر لحاظ آن نبوده است که بطلان آن بدیهی است و بنابراین صورتی که در ضمن عقد در اراده متعاقدين جای داشته، مشمول این اجماع نبوده است.^۲ بنابراین با توجه به این دلایل نمی‌توان نظریه بطلان را نظریه مستدل و قابل دفاعی دانست. چرا که شرط ابتدایی را پیش تر تحلیل نمودیم و صحت آن را اثبات نمودیم.

نظریه صحت: بر خلاف رأی مشهور، جمعی از فقیهان بزرگ شرط بنایی را مشروع و الزام‌آور می‌دانند. از جمله صاحب جواهر، سیدکاظم یزدی، محقق اصفهانی، میرزا حبیب‌ا. رشتی و ...^۳. این دسته نیز برای اثبات نظریه خود، دلایلی را اقامه نموده‌اند که به اختصار اشاره می‌شود: تبانی پیش از عقد سبب تقید تراضی که از شرایط اساسی صحت و نفوذ معامله است می‌شود و در نتیجه دلیل لزوم وفای به عقد (وفوا بالعقود) شامل عقد با قید تبانی می‌گردد. به بیان دیگر، وفای به عقد جز با عمل به شرط ممکن نیست و عقد بدون آن مصداق اکل مال به باطل است.^۴

مفهوم شرط بر تبانی صادق است.^۵ پس موضوع «المومنون عند شروطهم» محقق است و با تحقق موضوع، ترتب حکم قهری است. عمومات دال بر نفوذ شرط همچون «المومنون عند شروطهم» شامل شرط پیش از عقد که هنگام عقد مورد لحاظ متعاقدين است می‌شود و آن چه از شمول آنها به یقین خارج است، شرطی است که هنگام عقد مورد توجه و اعتبار آنان نیست.^۶ بنابراین به عقیده

^۱ همان، ۱۴۶

^۲ محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت، چاپ ۱۴، ص ۵۶

^۳ سیمایی صراف، حسین، شرط ضمنی در فقه و قانون مدنی و حقوق خارجی، چاپ اول، قم، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۰، ص ۵۴

^۴ انصاری، مرتضی (شیخ انصاری) (۱۳۹۸)، المکاسب، جلد دوم و سوم، چاپ ۲۸، قم، ص ۲۸۲

^۵ طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، جلد اول و دوم، چاپ اول، قم، موسسه مطبوعات اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ه.ق، ص ۱۳۶

^۶ سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۹). شرط ضمنی در فقه و قانون مدنی و حقوق خارجی، چاپ سوم، قم، بوستان کتاب قم، ص ۵۴

این دسته، شرط ضمنی بنایی صحیح است که به نظر نگارنده نیز چنین به نظر می‌رسد و نظریه اقوی است و دلایل آن قابل دفاع است.

نظریه تفصیل: میرزای نایینی بین قول به صحت و قول به بطلان راه سومی را برگزیده است. به نظر ایشان اگر شرط بنایی، مانند شرط ضمنی عرفی از لوازم عقد باشد، به گونه‌ای که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت نماید، قانونی و معتبر است و گرنه مشروع نبوده و الزام‌آور نیست، مگر این که در متن عقد ذکر شود. در نقد این نظر می‌توان گفت که طرفداران این نظریه در واقع به همان ذکر شرط در عقد اصرار دارند که قبلاً به تفصیل آن را نقد کردیم و عدم صحت آن را با دلایل اساتید مطرح شده توسط فقها و حقوق دانان بیان نمودیم. بنابراین به عنوان نظر برگزیده باید گفت: به نظر می‌رسد شرط بنایی بالضروره صحیح و لازم‌الوفاست. در تأیید این نظر، علاوه بر توجیه فقهی که در ذیل نظریه صحت آمد، توجیه علمی و کاربردی برگرفته از واقعیت‌های موجود در عرصه تجارت و بازرگانی نیز وجود دارد.

۲-۵. آراء فقهای معاصر در مورد شرط بنایی

شرط بنایی از نظر فقهای معاصر لازم‌الوفاست و در این خصوص، نظر مخالفی پیدا نمی‌شود که به چند نمونه از این آراء اشاره می‌شود:

آیت ... العظمی محمد تقی بهجت فومنی: «هر شرطی که عقد مبنی بر آن باشد مثل مذکور در ضمن عقد است»

آیت ... العظمی سید علی سیستانی: «اگر عقد مبنی بر آن باشد کافی است»

آیت ... العظمی ناصر مکارم شیرازی: «شرط یا باید در ضمن عقد باشد یا قبلاً بر آن توافق شده باشد که آن را شرط مبنی علیه العقد می‌گویند».

حضرت امام خمینی (ره): «آنچه در ضمن عقد با رضایت طرفین قرارداد شرط شده نافذ است و نیز اگر عقد مبنی بر شرط واقع شده باشد شرط بنایی مذکور هم نافذ است و غیر آن نفوذ ندارد»

آیت ... العظمی سید علی خامنه‌ای: «شرط تا در ضمن عقد و معامله نباشد و یا عقد مبتنی بر آن منعقد نشود اثری ندارد»^۱

^۱ واتقی، محسن، (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۹، صفحات ۱۳۷ تا ۱۷۵

۲-۶. شرط بنایی در حقوق ایران

قانون مدنی در دو ماده به صراحت از شرط بنایی نام برده و آن را لازم‌الوفاء و معتبر می‌داند. ماده ۱۱۱۳ ق.م. که مقرر می‌دارد: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر این که شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد». ماده ۱۱۲۸ ق.م. که مقرر می‌دارد: «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانی بر آن واقع شده باشد»

همان‌طور که پیشتر بیان شد اکثر و مشهور فقهای متقدم معتقدند که شرط بنایی باطل است و در نتیجه لازم‌الوفاء نیست و البته در این میان عده ای قائل به صحت شرط بنایی بودند، قانون مدنی بر خلاف رویه خود، این بار از نظر مشهور پیروی نکرده است و با تایید نظر اقلیت، شرط بنایی را همان‌طور که در مواد فوق آمد، در مبحث نکاح مشروع و لازم‌الوفاء دانسته و تخلف از آن را موجب خیار فسخ برای مشروط له قرار داده است. علاوه بر این می‌توان به مواد دیگری نیز استناد و این شرط توجیه و تحلیل کرد از جمله خیار رویت و تخلف وصف مواد ۴۱۳ و ۴۱۰ ق.م. و بیع از روی نمونه ماده ۳۵۴ ق.م. مشروعیت جهت معامله ماده ۲۱۷ و...^۱

دکتر کاتوزیان معتقد است که خیار رویت و تخلف از وصف در واقع چهره‌ای از شروط بنایی درباره اوصاف مورد معامله است.^۲ اما دکتر شهیدی اعتقاد دارد که این گمان ناشی از درهم شدن خیار تخلف وصف و خیار تخلف از شرط وصف است که صحیح نیست و این دو نهاد هر چند با هم شباهت دارند اما از حیث منشاء و احکام با یکدیگر متفاوت است و به همین جهت در قانون مدنی به عنوان دو خیار جداگانه ذکر شده است. بیان وصف در خیار تخلف وصف، شرط نیست تا بتوان آن را شرط بنایی محسوب کرد.^۳ اما به نظر می‌رسد خیار رویت و تخلف از وصف درباره اوصاف مورد معامله چهره‌ای از شروط بنایی است زیرا زمانی که مشتری کالا را قبل از معامله دیده و از اوصاف آن با خبر است و به اعتماد رویت سابق معامله می‌کند. در حقیقت معامله را بر مبنای آن اوصاف

^۱ همان، ۱۶۲

^۲ کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱۳، ص ۱۱۶

^۳ شهیدی، مهدی (۱۴۰۰). دوره حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مجد، چاپ ۱۵، ص ۱۴۷

قبلی منعقد می‌سازد، بنابراین عقدی که شکل گرفته در واقع مبتنی و مقید به آن اوصاف بوده و در صورت عدم مطابقت آن با اوصاف قبلی نوعی تخلف از شرط بنایی صورت گرفته است.^۱

۲-۷. ویژگی کلی شروط ضمن عقد

قائلان به عدم نفوذ شروط ابتدایی دلایلی برای مدعای خود ذکر کرده و اشکالات متعددی بر نفوذ و لزوم این گونه تعهدات وارد نموده‌اند:

۱- اشکال اول: این گونه توافقات، از لحاظ موضوعی از عنوان شروط خارج‌اند. به این معنی که فرد و مصداقی از حدیث "المسلمون عند شروطهم" تلقی نمی‌شوند. زیرا مفهوم شرط، ترابط و التزام طرفینی و تعلیق امر بر امری دیگر است و این معنا محقق نمی‌شود مگر زمانی که التزام در ضمن عقدی از عقود واقع شود چه آن عقد لازم یا جایز باشد. صاحب مکاسب می‌گوید: اگر مشروط علیه التزام به شرطی را قبل از عقد برای خودش انشاء کند یک الزام ابتدایی است که عمل به آن واجب نیست. زیرا اولاً ادله عقود شامل آن نمی‌شود چون جزء عقد نیست و ثانیاً ادله شروط شامل آن نمی‌شود چون شرط نیز محسوب نمی‌شود. به تعبیر دیگر لغویان در مقام بیان معنای لفظ شرط، آن را مقید به التزام در ضمن بیع و مانند آن نموده‌اند و عرف عقلا نیز از لفظ شرط، تعهد ضمن معامله را می‌فهمد، نه مطلق الزام و التزام را، بنابراین شرط ابتدایی را نمی‌توان از مصادیق شرط دانست.^۲ حتی اگر بپذیریم معنای شرط مطلق الزام و التزام باشد، نمی‌توان گفت که حدیث نبوی "المؤمنون عند شروطهم" اعم از شروط ضمنی و ابتدایی است زیرا استعمال اعم از حقیقت است. از طرفی اینکه شرط ابتدایی معنای مجازی شرط باشد قابل قبول نیست و از طرف دیگر آن نه مشترک معنوی که دارای معنای مصدری است. این معنای مصدری گاهی برای "الزام نفسی" به کار می‌رود و گاهی به معنی ملتزمات (مشروط) استعمال می‌شود. میرزای قمی شرط ابتدایی را معتبر نمی‌داند و می‌نویسد: "هرگاه در ضمن عقد بیع شرط نشده باشد یعنی بین ایجاب و قبول، پس این شرط اعتبار ندارد. (این شرط واجب الوفاء نیست زیرا شرط به معنای اسم مصدری، آنست که مرتبط با چیز دیگر باشد) و آنچه در بین ایجاب و قبول شرط شود، صحیح است (شرط ضمن عقد). ولی صحت آن مشروط است به اینکه این شرط خلاف مشروع نباشد، و طرف متعهد جهالت نداشته باشد."^۳

^۱ واتقی، محسن (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۹، ص ۱۶۳

^۲ خمینی، همان، ص ۸۶

^۳ میرزا ابوالقاسم جیلانی (۱۳۸۱). جامع الشتات، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ص ۴۶۱

پاسخ اشکال: اگر ادله شروط شامل شرط ابتدایی نشود ما شرط ابتدایی را چنانچه دارای دو طرف باشد یک عقد مستقل محسوب می‌کنیم. در این صورت عموم ادله عقود شامل آن شده و وفاء به آن واجب است. علاوه بر این همانگونه که گفته شد مفهوم شرط، مطلق الزام و التزام است که مشتمل بر شرط ابتدایی هم می‌شود. تبادر و فهم عرف از واژه شرط نیز مشتمل بر هرگونه شرط است، خواه در ضمن عقد باشد یا نباشد. تفصیل این مطلب در ادله موافقان خواهد آمد.

۲- اشکال دوم: حتی اگر عمومات شرط را شامل هرگونه اتفاق بین دو نفر بدانیم این عمومات با اجماع فقهی تخصیص خورده است. اجماعی که معتقد است ادله شروط شامل شرط ابتدایی نمی‌شود. در نتیجه این تخصیص شامل آن عمومات نمی‌شود. این اجماع از صاحب ریاض نقل شده است و مثال‌های وی مربوط به شروطی است که سابق بر عقد نکاح باشند اما در هنگام عقد ذکر نمی‌شوند. فقها التزام به این‌گونه شروط را واجب ندانسته‌اند و صاحب ریاض در این مورد ادعای اجماع نموده است.

پاسخ اشکال: این اجماع در ارتباط با شروط قبل از عقد نکاح است. تتبع در کلمات فقها نشان می‌دهد که صرفاً گفتگوهای اولیه در نکاح فاقد التزام است نه هر نوع شرطی که قبل از ازدواج مطرح شده باشد. در مجموع کلمات فقها در این باب غیرواضح و مضطرب است و حصول چنین اجماعی نیز مشکوک است. به خصوص که کلمات فقهی در این باب مربوط به نکاح است که در آن لفظ صریح شرط است (نه همه عقود). علاوه بر اینها امکان دارد روایات بر شروطی حمل شود که از صرف گفتگوی اولیه تجاوز نکرده باشد. بنابراین مرجع ما در شروط ابتدایی ادله عامه خواهد بود و به چنین اجماعی نمی‌توان تکیه کرد.

۳- اشکال سوم: برخی از فقها شرط خارج از قرارداد را مترادف "وعده" دانسته‌اند و در اثبات وجوب به وفای به آن تردید نموده‌اند.

میرزای قمی معتقد است هر التزامی که مکلف بکند وفای به آن واجب است و التزام مکلف یا به نذر و عهد و یمین است یا آنکه شرط را در ضمن "عقد لازمی" بکند به تقریبی که در رساله شرط ضمن‌العقد بیان کرده‌ام و هرگاه غیر این‌صورت‌ها باشد، داخل در "مطلق وعده" می‌شود و مشهور علما، وفای به وعده را واجب نمی‌دانند و وجه دیگری برای لزوم آن نمی‌دانم...^۱

پاسخ اشکال: میرزای قمی در ادامه نظر خود توضیح داده است که وعده اگر متضمن بر معاوضه یا شبیه معاوضه باشد مقرون به الزام و التزام است به خلاف وعده محض که در آنجا هیچ نوع الزام و التزامی متصور نیست، شرط ابتدایی نیز از منظر حقوقی صرفاً یک وعده اخلاقی نیست و گاهی اوقات

^۱ جیلانی، همان، صص ۲۸۳-۲۸۴

متضمن یک معامله و معاوضه طرفینی است. طباطبایی یزدی نیز بر این مطلب تنبّه داده است. صاحب عوایدالایام نیز می‌نویسد: "نحن نقول بوجوب الوفاء بكل وعد و قد صرح به جماعة" یعنی علاوه بر اینکه او وفاء به هر نوع وعده‌ای را واجب می‌داند معتقد است عده دیگری از فقها نیز بر این مطلب تصریح دارند. به نظر می‌رسد وعده‌هایی که متضمن هر نوع تعهدی باشند لازم‌الوفاء اند و وعده‌دهنده نمی‌تواند از انجام تعهد خود استنکاف کند، بنابراین در صورتی که توافق طرفین شرط ابتدایی متضمن تعهد باشد، هرچند خارج از عقد لازم صورت پذیرد به موجب ادله وفای به شرط و عقد، لازم‌الوفاست.^۱

۴- اشکال چهارم: شرط از ارکان عقد مشروط است مانند عوضین که در بیع رکند. پس ذکر شرط در عقد واجب است همانگونه که ذکر بقیه ارکان (مانند عوضین) واجب است.^۲

پاسخ اشکال: این دلیل جنبه عام ندارد، زیرا اولاً ذکر کلیه ارکان عقد لازم نیست. ثانیاً اغلب اقسام شرط رکن نیستند. زیرا جزء طبیعت عقد (مانند عوضین) تلقی نمی‌شوند.^۳

۵- اشکال پنجم: عده‌ای از علمای اهل سنت می‌گویند اصل در عقود و شروط، حظر است مگر اینکه دلیل بر جواز آن از شرع رسیده باشد. این دیدگاه "اهل ظاهر" است و بسیاری از اصول ابوحنیفه و شافعی مبتنی بر آنست و گروهی از اصحاب مالک و احمد حنبل بر این اعتقادند با این تفاوت که دلیل احمد حنبل اصله الحظر نیست بلکه بطلان آنها را به خاطر عدم نصوص و روایات و

^۱ همین امر می‌تواند مستند وجوب عمل به قولنامه باشد. در این صورت قولنامه نیز از مصادیق شروط ابتدایی خواهد بود. قولنامه نوشته‌ای است غالباً عادی، حاکی از توافق بر واقع ساختن عقدی در مورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن مبلغی یعنی جریمه نکول قول یا وجه التزام است. این توافقیها از نظر برخی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است (جعفری لنگرودی، صص ۵۵۲-۵۵۳). قانون مدنی ایران در ارتباط با قولنامه ساکت است. اما کمیسیون استفتانات شورای عالی قضایی در ۱۳۶۳ ش قولنامه‌هایی را که در ضمن عقد لازم انجام نگرفته باشد فاقد اعتبار دانسته است (پاسخ سئوالات از کمیسیون و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، ۴۵) اما هم اکنون عرف، قولنامه را نوعی قرارداد تلقی می‌کند و آن را موجب التزام می‌داند. این قرارداد می‌تواند در عرصه و قلمرو قراردادهای معین نباشد. ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی فرانسه در پاراگراف اول اشعار می‌دارد: "وقتی که متبایعین نسبت به مبیع و ثمن تراضی دارند، قول فروش (وعده فروش) دارای ارزش بیع است..." این وعده می‌تواند به سایر اشکال قرارداد نیز تسری یابد زیرا مبنای آن التزام به تعهد است. یکی از حقوقدانان عرب معتقد است با استناد به قانون املاک و همچنین قواعد عمومی عقود در قوانین مصر و لبنان، وعده معامله عقد تلقی می‌شود و باید شروط عامه انعقاد عقد را داشته باشد از طرفی قولنامه با عقد اصلی متفاوت است. وی شش اثر از آثار خاص قولنامه را برشمرده است (حسن فرج، ص ۲۸).

^۲ مدرسی، همان، ص ۲۲۲

^۳ همان

فقدان قیاس می‌داند. برخی از اصحاب احمد حنبل، دلیلشان برای فساد شروط، مخالف بودن آنها با مقتضای عقد است. اما اهل ظاهر هیچ عقد و شرطی را به طور ابتدایی صحیح نمی‌دانند مگر آنکه با نص یا اجماع ثابت شده باشد و طرد آنها مستمر و جاری و عام است.^۱ آنها در ارتباط با عمومات مربوط به شرط و روایات وارده معتقدند: هر شرطی که در قرآن یا حدیث یا اجماع نباشد باطل است... چنین شروطی از نظر آنها تجاوز از حدود الهی و زیادت در دین است.^۲ آنها برخی از شروط و تعهدات پیامبر اکرم (ص) را که در قرآن نیامده است، مانند شروط پیامبر (ص) با مشرکان در حدیبیه را منسوخ می‌دانند یا اینکه پاسخ می‌دهند این شروط عامند و با شروطی که در قرآن آمده است، تخصیص می‌خورند. دلیل دیگر آنها احتجاج به روایت ابن ابی لیلی است: "ان النبی (ص) نهی عن بیع و شرط" و این روایت در هیچیک از مجامع حدیثی نیامده است و احمد حنبل و بسیاری دیگری از علما این روایت را انکار نموده‌اند و دیگر آنکه این روایت با روایات صحیحہ تعارض است.^۳ ابن حزم در المحلی بالآثار روایت "المسلمون عند شروطهم" را روایتی مکذوب می‌داند. زیرا راوی آن کثیر بن زید و دیگر راویانی را که از او نقل کرده‌اند جرح می‌کند و روایت عطاء را نیز مرسل می‌داند. سپس توضیح می‌دهد در صورتی که روایت را صحیح بدانیم شرط را منحصر به شروط مأمور به از طرف شارع می‌داند و شروطی که در قرآن کریم و سنن صحیح از آنها نام برده شده باشد. به تعبیر او در صورتی که این قید را نپذیریم مانند این است که توهم شود شرط زنا و شرط شرب خمر و امثال آن شروط لازمی‌اند "و حاشا الله من هذا الضلال".

این اشکال در مجموع هم دامن شروط ضمن عقد هم شروط ابتدایی و هم هر نوع عقد مستقل را می‌گیرد. زیرا شرط ابتدایی را یا مشمول مصادیق شرط می‌دانیم یا آن را یک عقد مستقل تلقی می‌کنیم.

پاسخ اشکال: اکثریت قریب به اتفاق فقهای شیعه اصالة الحظر را در عقود و شروط نپذیرفته‌اند. از طرفی شارع مقدس متکفل بیان تک‌تک مصادیق شروط مجاز نیست بلکه شرایط و ویژگی‌هایی کلی آنها را بیان نموده است از قبیل عدم منافات با جوهر عقد، عدم جهالت و... روایت "المسلمون عند شروطهم" هر چند متواتر نیست اما از طرق مختلف نقل شده است. ضمن آنکه قاعده شروط و لزوم وفاء به شرط با عنایت به سایر روایاتی که در این باب وجود دارد پذیرفته شده است و ما با اصل قاعده شروط و لزوم وفاء به شرط سروکار داریم. در مجموع شروط ابتدایی باید ویژگی‌هایی کلی

^۱ امام تقی‌الدین ابن تیمیه، التفاوض الكبرى، بیروت، دارلکتب العلمیه، ۱۴۰۸ ق، ص ۷۴

^۲ همان، ص ۷۹

^۳ همان، ص ۷۸

شرط را که شارع مقدس معین فرموده است دارا باشد و در چنین صورتی صحیح و مشروع خواهد بود. همچنان که شروط ضمن عقد نیز باید این ویژگیهای کلی را واجد باشند.

۲-۸. انطباق لفظ شرط بر قرارداد

برای آنکه بتوانیم قرارداد نامعین را مصداقی از شروط ابتدایی بدانیم، علاوه بر اثبات صحت و نفوذ شروط ابتدایی باید لفظ شرط بر عقد (قرارداد) منطبق شود. برخی حقوقدانان معتقدند از آنجا که عقد و قرارداد در ماهیت خود جز تعهد و التزام یک طرف در مقابل طرف دیگر نیست و همان ملاکی که در عقود وجود دارد یعنی "ارتباط اعتباری بین طرفین قرارداد" و رضای آنها به ایجاد التزام و حقی از حقوق برای متعهدله، در مورد "تعهدات ابتدایی" نیز وجود دارد. بنابراین می‌توان گفت نتیجه‌ای که از لازم‌الوفاء بودن شروط ابتدایی به دست می‌آید این است که قراردادهای اصولاً صحیح و لازم‌الوفاءند، مگر اینکه دلیلی بر فساد آنها اقامه شود. همچنان که برخی از فقها به همین حدیث (المؤمنون عند شروطهم) برای اثبات "لزوم عقود" و برخی دیگر (مراغه‌ای، عنوان اصله الصحه) برای "صحت عقود" و بعضی^۱ نیز برای اثبات صحت شروط به آیه شریفه اوفوا بالعقود تمسک نموده‌اند. واضح است که اثبات لزوم و صحت عقود به وسیله دلیل شرط و نیز اثبات صحت شرط به دلیل آیه مذکور، فرع بر صدق عرفی معانی آنها بر یکدیگر است.^۲ مؤید این مطلب این است که در بسیاری از کتب فقهی اهل سنت، عقود و شروط مترادف یکدیگر به کار رفته است. نام یک فصل از کتاب الفتاوی الکبری از ابن تیمیه (۶۶۱-۷۲۸) عبارت است از "فی العقود و الشروط فیها فیما یحل منها و یحرم و مایصح منها و یفسد"^۳.

در برخی دیگر از کتب معاصر اهل سنت به تبعیت از قدمای اهل سنت علاوه بر اینکه عقود و شروط در کنار یکدیگر به بحث و بررسی گذاشته شده، شرایط و صفات و محدودیت‌های این دو به صورت یکسان ذکر شده است. در مجموع، شرط ابتدایی در صورتی که دارای دو طرف بوده و یک تعهد طرفینی خارج از عقود باشد نوعی قرارداد است که می‌تواند در قالب قراردادهای معهود در فقه و حقوق عرفی نباشد ضمن آنکه واجد شرایط عمومی صحت قراردادهای و عقود باشد. اما اینکه چگونه شرط ابتدایی به یک قرارداد مستقل تبدیل می‌شود باید گفت که شرط ابتدایی تعهدی است لازم که شخص با قصد انشاء یک طرفه علیه خود به وجود می‌آورد. اگر در قبال چنین شرطی شخص دیگری نیز چنان شرطی بنماید که در قبال شرط آنطرف معامله قرار گیرد، به نحوی که تصویری از

^۱ جیلانی، همان، غنائم‌الایام، ص ۷۳۹

^۲ حائری، همان، ص ۲۰۱

^۳ ابن تیمیه، همان، ص ۷۶/۴

بیان اراده انشایی دو طرف به توافق در ایجاد تعهد در برابر یکدیگر باشد، در واقع شرط ابتدایی، حالت شرط ضمن عقد را پیدا کرده و نفوذ پیدا می‌کند و به نظر برخی حقوقدانان این فتوا بیشتر منطبق با حقیقت و ماهیت شرط است تا نسبت به نظریه آنانی که شرط ابتدایی را باطل می‌دانند، زیرا شرط ابتدایی فاقد شرایط اساسی صحت برای شروط نیست تا باطل گردد، بلکه عیب آن یک طرفه بودن تعهد است که در صورت الحاق تعهد موافق طرف دیگر به آن، عیب مذکور مرتفع و شرط ابتدایی نفوذ پیدا می‌نماید.^۱

این همان است که با قرارگرفتن تعهد موافق دو طرف در برابر یکدیگر، قرارداد به وجود می‌آید، که اگر مخالف صریح قانون نباشد، آن قرارداد طبق ماده ۱۰ ق.م. نافذ خواهد بود... پس ملاحظه می‌شود که تعهد، گاهی مستقلاً موضوع عقد قرار می‌گیرد. یعنی موضوع عقد را تشکیل می‌دهد و زمانی در ضمن عقد یا قرارداد منعقد، تعهد دیگری به عمل می‌آید که به تبع تعهد اصلی الزام‌آور می‌شود یعنی تبعاً جزء مورد عقد قرار می‌گیرد که آن را شرط ضمن عقد می‌گویند.^۲ این استدلال متکی بر این است که شرط را مطلق الزام و التزام (تعهد) معنی کنیم که در این صورت شامل تعهدات ابتدایی که در قالب یک قرارداد (خواه معین یا نامعین) بروز و ظهور می‌یابد، می‌شود. در انتها یادآور می‌شود در ارتباط با کلیه عقود و شروط اعم از معین و محصور یا نامعین و غیرمعهود، ضابطه کلی این است که مبنای شرع در معاملات بر توفیقی بودن نبوده است. لذا هر جا که شارع مقدس از عقد یا شرطی رد کرده باشد می‌پذیریم و هر جا ردع و منعی وارد نشده باشد، اصل اولیه بر جواز و صحت است.

۲-۹. مذاکرات مقدماتی در پرتو فقه امامیه و اشاره‌ای به فقه عامه

بند اول - شرط تبانی (بنایی، مساومه): هر چند به نظر ما شرط مطلق، الزام و التزام است، بنابراین حکم شرط تبانی همان حکم شرط ضمن عقد است. با این وجود، برخی از فقها، بلکه غالب فقها و حقوق‌دانان اسلامی، تنها شرط ضمن عقد را لازم‌الوفاء می‌دانند نه شرط بدوی، جماعتی از آنان شرط تبانی را به شرط بدوی ملحق می‌کنند و عده‌ای دیگر، آن را به شرط ضمن عقد می‌دانند.

۳. تأثیر نوسانات اقتصادی بر تعهدات طرفین

اصل لزوم قراردادهای به عنوان یک اصل پذیرفته شده در دنیای حقوق تأمین‌کننده امنیت و بقای روابط حقوقی است. براساس این اصل، قرارداد به عنوان قانون طرفین تلقی شده و طرفین نمی‌توانند

^۱ جواد افتخاری (۱۳۹۵). کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، چاپ ۳، ص ۲۲۷

^۲ همان، ص ۲۲۸

به دلخواه قرارداد را فسخ کنند و از اجرای تعهدات ناشی از آن سرباز زنند یا در مفاد آن تغییری بوجود آورند. با این وجود گاهی اجرای قرارداد به اسباب مختلف، غیرممکن یا غیرعملی یا عقیم می‌شود و یا هدف طرفین از انعقاد قرارداد به کلی منتفی می‌گردد. نظام‌های حقوقی مختلف در صورت حدوث چنین شرایطی تحت نظریاتی همچون فورس ماژور، فراستریشن، غیرعملی شدن و غیره، براساس مبانی متفاوتی معتقد به سقوط تعهد، ایجاد حق فسخ و یا انفساخ قرارداد هستند. اما گاه اجرای قرارداد غیرممکن و محال نمی‌شود، بلکه اجرای قرارداد نسبت به زمان انعقاد بنا به دلایلی برای متعهد به شدت سخت و دشوار می‌گردد و یا اجرای قرارداد برای متعهدله نسبت به زمان انعقاد به شدت کم ارزش می‌شود. از جمله عواملی که موجب به وجود آمدن این وضعیت می‌شود، تغییر اساسی شرایط اقتصادی زمان اجرای قرارداد است. ممکن است در یک قرارداد هزینه‌های اجرای قرارداد تحت تاثیر تغییرات ناگهانی اقتصادی به شدت افزایش یابد به طوری که با مفاد قرارداد تفاوت فاحشی داشته باشد و یا ارزش اجرای قرارداد برای متعهدله به شدت کاهش یابد. خصوصاً قراردادهای طولانی مدت و مستمر به دلیل فاصله زمانی که بین انعقاد قرارداد و اجرای آن وجود دارد و از طرفی در زمان انعقاد، امکان پیش‌بینی کلیه شرایط در تمام مدت قرارداد برای طرفین وجود ندارد، بیشتر در معرض تغییر و تحولات اقتصادی قرار می‌گیرند. حال مساله این است که آیا در چنین وضعیتی متعهد ملزم به اجرای قرارداد و پایبندی مطلق به اصل لزوم قراردادی است؟ در چنین شرایطی برخی از نظام‌های حقوقی این وضعیت را تحت عناوینی همچون هاردشیپ یا تعسر و یا دشواری اجرای قرارداد شناسایی و براساس مبانی متعددی راه‌حلهایی را پیش‌بینی نموده‌اند که موجب هماهنگی قرارداد با عدالت و انصاف است. قوانین برخی کشورها به متعهد اجازه داده است که در این شرایط قرارداد را فسخ کند یا تعدیل آن را درخواست کند. به عنوان مثال بعد از جنگ جهانی اول و دوم کشورهای اروپایی مثل آلمان و فرانسه، تورم و تغییر فاحش قیمت‌ها را موجب تعدیل قرارداد دانستند. در قوانین ایران نص خاص در این زمینه وجود ندارد. در فقه با استناد به اصول و قواعدی چون نفی عسر و حرج و لاضرر می‌توان راه‌حلهایی را برای وضعیت دشواری اجرای قرارداد ارائه داد. لذا در این نوشته تلاش می‌شود تا تأثیر تغییرات اساسی شرایط اقتصادی بر تعهدات طرفین قرارداد مورد ارزیابی قرارگیرد. به این معنا که اگر تغییری در عوامل اقتصادی ایجاد شده که موجب ورود زیان‌های اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد گردد به نحوی که در اجرای تعهدات قراردادی با دشواری و مشقت مواجه شود، چه راه‌حلی به نظر می‌رسد که ضمن رعایت اصول حقوقی، از این دشواری کاسته شده و امکان برقراری توازن اقتصادی و عدالت وجود داشته باشد. البته هر نوع تغییر و دگرگونی را نمی‌توان مؤثر در قرارداد دانست. طرفین قرارداد معمولاً با در نظر گرفتن تغییرات متعارف در قیمت‌ها، هزینه‌های خدمات،

عوارض و مالیات‌ها و کلیه مسائل مؤثر اقدام به انعقاد قرارداد نموده و بدان ملتزم می‌گردند و از طرفی هدف از هر معامله‌ای کسب منفعت است و وجود خسارت در هر کسبی مورد انتظار است. بنابراین هرگاه تغییر شرایط اقتصادی غیرمنتظره و خارج از قلمرو پیش‌بینی طرفین قرارداد بوده و در حیطه قصد و رضای اولیه آنان قرار نگرفته و تعادل و توازن قرارداد را بره‌مزند و در عرف قابل مسامحه نباشد، آن تغییر اساسی و بنیادی محسوب شده و می‌تواند مؤثر در قرارداد باشد.

۳-۱. مفهوم تغییر بنیادین شرایط اقتصادی

بدیهی است که هرگونه تغییر و دگرگونی شرایط اقتصادی را نمی‌توان مؤثر در قرارداد دانست، چراکه تلاش متعاملین معمولاً بر این است که حوادثی را که ممکن است در آینده رخ دهد مورد توجه قرار داده و قرارداد را بر آن اساس تنظیم کنند. طرفین معمولاً با توجه به تغییرات معمولی در قیمت‌ها، هزینه‌های تولید و خدمات، نرخ تورم، عوارض و مالیات‌ها و سایر موانع و مشکلات پیشرو، اقدام به انعقاد قرارداد نموده و خود را به آن پایبند می‌کنند. لذا اگر تغییراتی متعارف و متناسب با شرایط مذکور رخ دهد و موجب دشواری و ضرر متعارف برای متعهد گردد، سببی برای معافیت متعهد از اجرای تعهد نمی‌باشد. زیرا هدف از اکثر قراردادها، کسب سود است و وجود خسارت در هر معامله‌های مورد انتظار است. از طرفی اگر معتقد باشیم هرگونه تغییری در شرایط اقتصادی، حق تعدیل یا فسخ قرارداد را بر مبنای نظریه دشواری اجرای قرارداد ایجاد می‌کند، ثبات قراردادی مخدوش و اجرای قراردادها دچار تردید و تزلزل می‌گردد.

اما گاه تغییرات به نحوی است که از حد متعارف خارج بوده و شرایط بوجود آمده در اثر این تغییرات کاملاً متفاوت از شرایط زمان انعقاد قرارداد است. به‌طوری‌که اگر یکی از متعاملین چنین تغییراتی را در ادامه حیات قرارداد و زمان اجرا پیش‌بینی می‌نمود، هرگز حاضر به انعقاد قرارداد نمی‌شد. از آنجا که ثبات ارزش‌های زمان انعقاد و تعادل در موضوع تعهدات طرفین موردنظر آنها بوده است، پس تغییراتی که این تعادل را برهم زده و موجب بی‌ثباتی ارزش‌های زمان انعقاد شود، می‌تواند در قرارداد مؤثر باشد. آیا معیاری برای تشخیص بنیادی بودن تغییر شرایط وجود دارد؟ بنظر می‌رسد به دلیل تنوع در قراردادها و تفاوت در کیفیات و شرایط آنها نمی‌توان ضابطه‌ای دقیق و کلی برای بنیادی بودن تغییرات ارائه کرد. چراکه ممکن است تغییراتی در یک قرارداد بنیادی محسوب گردد و در قرارداد دیگر بنیادی نباشد. با این وجود بنظر برخی اگر تغییرات آن‌چنان باشد که تعادل و توازن قرارداد را برهم زده و در عرف قابل مسامحه نباشد، آن تغییر اساسی و بنیادی به حساب می‌آید.^۱

^۱ صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۹۲). تغییر در شرایط قرارداد، تهران: میزان، چاپ ۳

۳-۲. اسباب تغییر بنیادین شرایط اقتصادی

عوامل مختلفی می‌تواند سبب تغییر در شرایط اقتصادی گردد. در این گفتار به بررسی برخی از مهم‌ترین اسبابی که در جامعه کنونی موجب تغییر بنیادی شرایط اقتصادی می‌شود، می‌پردازیم: **تورم:** تورم پدیده‌های پیچیده و دارای ابعاد گوناگونی است. در اصطلاح تورم وضعیتی است که سطح عمومی قیمت‌ها به طور مداوم و به مرور زمان افزایش می‌یابد، بنابراین عنصر زمان و افزایش مستمر سطح عمومی قیمت‌ها از موارد مهم در تعریف تورم محسوب می‌شود. نکته قابل توجه در خصوص تورم آن است که علیرغم وجود تعریف مشخص در مورد تورم، دیدگاه واحدی در رابطه با علل ایجاد تورم وجود ندارد. برخی اقتصاددانان رشد بیرویه حجم پول، گروهی دیگر اضافه تقاضا در بازار کالا، برخی فشار هزینه و افزایش قیمت نهادهای تولیدی و در نهایت عده‌های دیگر عوامل ساختاری و تنگناهای موجود در بخش‌های مختلف و ضعف بخش‌های کشاورزی و تجارت خارجی را منشأ اصلی تورم می‌دانند. ضمن اینکه در زمان‌های مختلف نیز ممکن است نقش و سهم عوامل برشمرده در تورم متفاوت باشد. برخی از اقتصاددانان معتقدند هزینه‌هایی که تورم بر جامعه تحمیل می‌کند بسیار جدی‌تر از هزینه‌های ناشی از کندشدن رشد اقتصادی است. تورم بالا و بی‌ثبات موجب اختلال در نظام تخصیص قیمت‌ها و برهم خوردن توزیع درآمد در جامعه می‌گردد. از سوی دیگر، بی‌ثباتی تورم نه تنها موجب خدشه‌دار شدن اعتبار سیاست‌گذاران کلان اقتصادی به ویژه بانک مرکزی می‌شود، بلکه تداوم آن می‌تواند موارد حد بی‌ثباتی سیاسی کشور را نیز موجب گردد.

آثار تورم: آثار تورم را از جهات مختلفی میتوان مورد بررسی قرار داد:

۱- یکی از عوامل مؤثر در ایجاد فضای مناسب سرمایه‌گذاری ثبات اقتصاد کلان است. عوامل اصلی ایجاد این ثبات نرخ تورم پایین، کنترل کسری بودجه و نرخ ارز واقعی می‌باشد. بی‌ثباتی اقتصاد کلان از آنجا که مزایای آینده را غیر قابل پیش‌بینی میکند، مانع سرمایه‌گذاری می‌شود. همچنین ارزش‌داری‌ها در وضعیت بی‌ثباتی اقتصادی به شدت دچار نوسان می‌شود. نوسان نرخ ارز و تورم دو عامل مهم بی‌ثباتی اقتصادی هستند که تأثیر آن بر کسانی که درآمد ثابت دارند، بسیار زیان‌بار است. این موارد همچنین بر اعتباردهندگان تأثیر گذاشته و دسترسی به اعتبار را با مشکل مواجه می‌سازد. شرکت‌های بزرگ با احتمال بیشتری ابزاری برای پرداختن به این ریسک‌ها شامل دسترسی بهتر به حساب‌های دلاری، ابزارهای مالی و اعتبار از خارج از کشور دارند. اما شرکت‌های کوچک و متوسط از تورم و بی‌ثباتی نرخ ارز بیشتر آسیب می‌بینند.

۲- تورم و تغییرات مداوم قیمت‌ها، توان رقابت‌پذیری اقتصاد ملی را کاهش می‌دهد. این امر به این خاطر است که تورم، نرخ ارز را متأثر می‌کند و نوسانات نرخ ارز موجب بالا رفتن ریسک تجارت

می‌شود. لذا در وضعیت بی‌ثباتی، شرکت‌ها نمی‌توانند دید بلندمدت داشته باشند و بنگاه‌های داخلی در مقابل رقبای خارجی با ریسک‌های تجاری بالاتری مواجه خواهند بود.

۳- یکی از اصلی‌ترین زیان‌های اقتصادی ناشی از تورم، عدم اطمینان از مقدار تورم در دوره‌های بعدی است. در فضای نااطمینانی تورمی تصمیم‌گیران اقتصادی اعم از خانوارها، بنگاه‌ها و یا بخش دولتی در زمینه‌های مختلف با ریسک همراه است و این نااطمینانی درباره نرخ تورم آینده، باعث بی‌ثباتی در قیمت‌ها شده و از این مجرا مدام سبب تغییرات در تصمیمات اقتصادی می‌شود. فعالان اقتصادی در فضای نااطمینانی تصمیماتی اتخاذ می‌کنند که با انتظارات آنها مغایرت دارد. با افزایش نااطمینانی تورم، برآورد هزینه و درآمدهای آتی فعالیتها غیر شفاف شده و این امر می‌تواند اثرات نامطلوبی بر تخصیص منابع و کارایی فعالیت‌های اقتصادی داشته باشد. با افزایش نااطمینانی تورم، کارایی ساز و کار قیمت‌ها در تخصیص بهینه منابع دچار اختلال شده و نهایتاً تأثیر منفی بر روی تولید خواهد گذاشت. نااطمینانی تورم با تحت تأثیر قرار دادن نرخ‌های بهره کلیه تصمیمات بین دوره‌های تخصیص منابع را تغییر می‌دهد. در جهانی با چسبندگی‌های اسمی مزدها و قیمت‌ها، نااطمینانی تورم هزینه واقعی تولید و همچنین قیمت نسبی کالاهای نهایی را تغییر داده و تخصیص بین زمانی منابع را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

تحریم: تحریم به مجموعه اقدامات یک دولت یا جامعه بین‌المللی جهت ایجاد محدودیت‌هایی علیه یک کشور یا یک گروه اشاره دارد که مهم‌ترین نوع آن تحریم اقتصادی است. تحریم بخش‌های مختلفی از روابط میان دولت‌ها را شامل می‌شود؛ در حوزه اقتصادی روابط مالی، پولی، ارتباط‌های بانکی، خرید و فروش کالا و خدمات و هم‌چنین حوزه‌هایی چون سرمایه‌گذاری، انتقال دانش و فن‌آوری، ورزشی، ورود و فعالیت در سازمان‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی و روابط با اشخاص حقوق بین‌الملل، آموزشی، ثبت نام و پذیرش دانشجویان، برگزاری دوره‌های خاص در حوزه‌های مختلف و... را در برمی‌گیرد. به اختصار، اصطلاح تحریم، عبارت است از: امتناعی نظام یافته از برقراری روابط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی یا نظامی یک دولت یا گروهی خاص از دول‌ها برای تنبیه یا ایجاد رفتار مورد قبول. با این وجود، کاربرد آن بیشتر در روابط اقتصادی بین‌المللی رایج است و حسب مورد خریداری یا فروش کالاها و خدمات تولیدی یا مورد تقاضای یک دولت خاص از او دریغ می‌شود. تحریم، ممکن است عام یعنی شامل همه کالاها و خدمات یا خاص و محدود به یک نوع یا دسته‌ی خاصی از کالاها باشد.^۱ ذکر این نکته ضروری است که گرچه در تحریم‌ها، عنصری از تنبیه وجود دارد، اما صرفاً به منظور ایجاد شرایط دشوار برای مردم کشور مورد تحریم نیست در واقع،

^۱ ایوانز، گراهام؛ نونام، جفری (مترجم حمیرا مشیرزاده و حسین شریفی طرازکوهی) (۱۳۹۱) فرهنگ روابط بین‌الملل تهران: نشر میزان، چاپ ۲

هدف آن ایجاد تغییراتی در رفتار سیاسی دولت این کشور است. عده‌ای نیز مهم‌ترین کارکرد تحریم را بازدارندگی می‌دانند.^۱ تحریم به صورت یک‌جانبه یا چند جانبه (بین‌المللی) صورت می‌گیرد. منظور از تحریم‌های یک‌جانبه، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی است که یک دولت بر دولت یا دولت‌هایی وضع می‌کند. در این فرآیند، دولت‌ها جدا از قطعنامه‌های شورای امنیت به محدودیت یا قطع روابط با دیگر دولت‌ها مبادرت می‌ورزند. نظیر "تحریم نفتی ایران توسط انگلستان در دوره مرحوم دکتر مصدق که از شاخص‌ترین موارد تحریم اقتصادی در جهان می‌باشد."^۲ منظور از تحریم‌های چندجانبه (بین‌المللی) تحریم‌هایی است که دولت‌ها در قالب تصمیم جمعی یا شورای امنیت سازمان ملل متحد براساس ماده ۴۱ منشور یا مانند اتحادیه اروپا بر دولت یا دولت‌هایی وضع می‌کنند. مطلب مهم آن است که تحریم‌های اقتصادی به طور مسلم فشارها و سختی‌های قابل توجه بر شهروندان عادی کشور هدف وارد می‌کند.

آثار تحریم: تحریم‌ها می‌توانند آثار متفاوتی در حوزه‌های مختلف داشته باشند. لیکن در این بند آثار تحریم بر اجرای قراردادهای تجاری بین‌المللی به صورت خلاصه بیان می‌شود.

- ۱- تعداد مناقصه‌گران کاهش می‌یابند.
- ۲- قیمت‌ها افزایش پیدا می‌کنند.
- ۳- فضای شفاف و رقابتی مناقصات از بین می‌رود.
- ۴- پس از ارسال ایجاب از طرف و قبل از اعلام برنده مناقصه و قبول ایجاب، چنانچه تحریمی رخ دهد و طرف از ایجاب خود عدول کند، به دلیل عدول از ایجاب ملزم به جبران خسارت است.
- ۵- تأثیر بر مبالغ پیش پرداخت و تضامین اخذ شده از طرف.
- ۶- چنانچه تحریم جزء فورس مازور باشد، به موجب ماده قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳ موجب تجدید یا لغو مناقصه می‌گردد.^۳

تغییر فاحش نرخ ارز: نرخ مبادله پول رایج یک کشور با پول سایر کشورها را در اصطلاح، نرخ ارز می‌گویند. نرخ ارز معمولاً براساس یکی از نظام‌های ثابت، متغییر، چندگانه یا مدیریت شناور تعیین می‌شود. سیاست تعیین نرخ ارز، تنظیم‌کننده جریان ورود و خروج ارز در اقتصاد ملی است و از آن طریق میزان ورود و خروج کالا، خدمات و سرمایه بین یک کشور با سایر کشورها مشخص می‌شود. نرخ ارز و نوسانات آن یکی از عوامل مهم در تعیین هزینه‌های تمام شده واحدهای صنعتی می‌باشد.

^۱ ظریف، محمدجواد (۱۳۹۷). سیاست خارجی ایران از درون مذاکره مبتنی بر قدرت، ص ۱۱
^۲ یزدان فام، محمود (۱۳۸۷). تحریم‌های بین‌المللی و امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه مطالعات

(۴) راهبردی، ۹

^۳ ناصر کاتوزیان (۱۳۹۳). قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چاپ ۹

نوسانات نرخ ارز امکان برنامه‌ریزی را از واحدهای تولیدی گرفته و توان رقابتی آنها را کاهش می‌دهد. ریسک ناشی از نوسانات نرخ ارز از جمله مسائلی است که همواره ذهن فعالان بخش‌های اقتصادی، دریافت‌کنندگان وام‌های ارزی (دلار، یورو و...) و تولیدکنندگان و افرادی که در ارتباط با فعالیت‌های صادراتی و وارداتی هستند را به خود مشغول کرده است.

پرداخت‌های مربوط به ارز همواره ریسک‌هایی را به همراه دارد؛ چرا که ارز خارجی قبل از تحویل ممکن است با تغییر ارزش مواجه شود. هرچند این تغییر قیمت ممکن است برای یک طرف سودآور باشد اما افراد معمولاً دنبال اجتناب از چنین ریسکی هستند. پوشش ریسک مربوط به نوسانات نرخ ارز را می‌توان از چندین طریق انجام داد که از جمله آنها می‌توان به روش‌هایی چون انتخاب درست ارز مخاطب، ایجاد و متنوع سازی سبد منابع ارزی و انجام معاملات پوششی ارز اشاره کرد. معاملات مربوط به آینده در بازار ارز در قالب قراردادهای مختلفی انجام می‌گیرد که در واقع بیانگر توافق دو طرف معامله روی متغیرهای مختلفی شامل نوع ارز، میزان ارز، تاریخ سررسید قرارداد و نرخ ارز است. اینگونه معاملات معمولاً به چند منظور انجام می‌شوند که از جمله آنها می‌توان به مقاصدی چون پوشش دادن خطرهای نوسان ارزش ارز، سوداگری و سفته بازی اشاره کرد. به هر حال افراد فعال در این بازارها به خاطر این نوسانات دچار مشکل خواهند شد و این عامل در بلندمدت ممکن است برای رشد اقتصادی جامعه مساله‌ساز باشد. با توجه به این مهم دولت جمهوری اسلامی ایران در بند الف ماده ۴۱ فصل سوم قانون برنامه چهارم خواستار اتخاذ تدابیری برای مقابله با آثار سوء نوسانات نرخ ارز بر صنایع شده که تاکنون به آن کمتر توجه شده است، براساس قانون برنامه چهارم، کنترل نوسانات شدید نرخ ارز با در نظر گرفتن حفظ توان رقابت بنگاه‌های صادرکننده و سیاست جهش صادراتی به عهده دولت بوده است. با توجه به گسترش مبادلات تجاری بین کشورها، بازار مالی بین‌المللی در حال گسترش است و برخی از تجار یا تولیدکنندگان یا صادرکنندگان و واردکنندگان به ناچار باید اقدام به نگهداری ارز کنند و در این صورت چنانچه شرکتی ارقام زیادی از دارایی‌های خود را به صورت ارزی گرانتر خریداری کرده باشد، هر لحظه با این خطر مواجه خواهد بود که این نرخ کاهش یابد و در صورت وقوع چنین رخدادی، شرکت یاد شده زیان هنگفتی را متحمل می‌شود. بدین ترتیب ریسک نوسانات نرخ ارز می‌تواند دارایی‌ها و بدهی‌های افراد و مؤسسات را تحت تأثیر جدی قرار دهد. در هر حال افراد و شرکت‌ها در سبد دارایی‌ها و بدهی‌های خود انواع ریسک‌ها از جمله ریسک نوسانات نرخ ارز را در نظر دارند و سعی می‌کنند با کمترین ریسک، بیشترین سود را نصیب خود کنند. معمولاً افرادی که

در معرض چنین ریسکی قرار می‌گیرند از عملیاتی استفاده می‌کنند تا حاشیه سود خود را افزایش داده و از زیان‌های پیش‌بینی نشده بین‌المللی جلوگیری کنند.^۱

۳-۳. دشوار شدن اجرای تعهد برای متعهد

یکی از اشکال دشواری اجرای قرارداد، مشقت غیرمتعارف و یا هزینه گزاف برای متعهد در اجرای تعهدات قراردادی به دلیل حدوث تغییرات است. در خصوص مفهوم دشواری قبلاً بحث شد آنچه در اینجا حائز اهمیت می‌باشد این است که در اثر بروز حادث‌های غیرقابل پیش‌بینی، خارجی و اجتناب‌ناپذیر اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد به نحوی تغییر یابد که اجرای قرارداد برای متعهد همراه با مشقت و هزینه‌های نامتعارف و گزاف باشد، نه اینکه اجرای قرارداد غیرممکن گردد. فرض غیرممکن شدن اجرای قرارداد خارج از بحث ما می‌باشد و تحت نظریات دیگری همچون فورس ماژور و فراستریشن مورد بررسی قرار می‌گیرد. افزایش هزینه اجرای قرارداد بدین معنا است که یک طرف برای اجرای تعهد با افزایش فاحش بها مواجه می‌گردد. معمولاً این طرف، طرفی است که اجرای تعهد غیر پولی را بر عهده دارد. مثلاً ممکن است در اثر افزایش قابل توجه بهای مواد خام، هزینه تولید کالا به صورت فاحشی افزایش یابد.

۳-۴. تغییرات اساسی و بنیادی در اوضاع و احوال زمان انعقاد

با توجه به اصل الزام‌آور بودن قراردادها تغییر اوضاع و احوال خللی بر تعهدات طرفین قرارداد وارد نمی‌کند و در نتیجه نمی‌توان به دشواری استناد جست مگر اینکه تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد، بنیادی باشد. واضح است که هر نوع تغییر و دگرگونی را نمی‌توان مؤثر در قرارداد دانست. طرفین قرارداد معمولاً با در نظر گرفتن تغییرات متعارف در قیمت‌ها، هزینه‌های خدمات، تورم، عوارض و مالیات‌ها و کلیه مسائل مؤثر اقدام به انعقاد قرارداد نموده و بدان ملتزم می‌گردند. اگر تغییراتی متعارف و متناسب با شرایط مذکور رخ دهد و موجب مشقت و خسارتی متعارف گردد نمی‌توان متعهد را از اجرای تعهد معاف دانست. زیرا هدف از هر معامله‌ای کسب منفعت است و وجود خسارت در هر کسبی مورد انتظار است. از طرفی اگر معتقد باشیم که هر نوع تغییری در اوضاع و احوال، حق فسخ یا تجدیدنظر در قرارداد را بنابر نظریه دشواری ایجاب می‌کند، قراردادها متزلزل و انجام تعهدات قراردادی دچار تزلزل و تردید می‌گردد.^۲

^۱ سحابی، بهرام؛ ذوالفقاری، مهدی؛ مهرگانی، نادر؛ سارنج، علیرضا (۱۳۹۳). بررسی انواع ریسک نوسان. ۳-۳۳، (۴) نرخ ارز و شیوه‌های مدیریت آن. فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه،

^۲ همان ص ۴۹

این سؤال مطرح است که ضابطه بنیادی و اساسی بودن تغییرات چیست؟ به دلیل تنوع در قراردادهای و تفاوت در کیفیات و شرایط آنها در این خصوص معیار مشخص و تعریف شده‌ای وجود ندارد. ممکن است تغییرات در یک قرارداد، اساسی محسوب گردد ولی در قرارداد دیگر اساسی محسوب نشود. در تشخیص اینکه آیا هر گونه دگرگونی منجر به دشواری می‌گردد یا خیر، مطمئناً ملاحظه و بررسی اولیه باید به اوضاع و احوال خود آن مورد خاص صورت گیرد. تفسیر ماده ۲،۲،۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ۷ در اولین انتشار آن در سال ۱۹۹۴ پیشنهاد می‌نماید که یک دگرگونی که منجر به تغییر ۵۰ درصد یا بیشتر از آن شود شاید بتواند موجب یک دگرگونی بنیادین گردد. ولی انتشار دوم آن در سال ۲۰۰۴ از توصیه به هرگونه رقم دقیق پرهیز کرده است. برخی معتقدند اگر اجرای تعهدات از نظر پولی قابل اندازه‌گیری دقیق باشد، تغییر بالغ بر پنجاه درصد یا بیشتر ارزش اجرا یا بهای تمام شده به منزله تغییر بنیادی خواهد بود.^۱

برخی از حقوقدانان چنین تعبیر کرده اند که در این مورد، بیعدالتی باید به حد غیرقابل تحملی برسد و معتقدند؛ باید تغییرات حادث در ارزش تعهدات یا خدمات، از حد بسیاری از پیش‌بینی‌های اولیه تجاوز نماید که این حدود در زمان انعقاد قرارداد منطقی بوده‌اند. عقد باید تا هنگامی که بی‌عدالتی واقع شده در آن به حد غیرقابل تحمل نرسیده، مورد احترام باشد. عده‌ای از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که هرگاه وقوع حوادثی، شرایط اقتصادی قرارداد را چنان متحول سازد که کاملاً استثنایی و غیرمنتظره باشد، به نحوی که خارج از قلمرو پیش‌بینی طرفین قرارداد بوده و در حیطه قصد و رضای اولیه آنان قرار نگیرد، دگرگونی بنیادین حاصل شده است.^۲ تعادل در موضوع تعهدات طرفین و ثبات ارزش‌های زمان عقد موردنظر متعاملین است، پس تغییراتی که این تعادل را برهم زده و ارزش‌های زمان عقد را از ثبات بیندازد، می‌تواند مؤثر در عقد باشد. به نظر می‌رسد اگر تغییرات آنچنان باشد که از حد متعارف خارج شده و تعادل و توازن قرارداد را برهم زند و در عرف قابل مسامحه نباشد، آن تغییر اساسی و بنیادی محسوب می‌گردد. آنچه در مورد این شرط باید مورد دقت نظر قرار گیرد، جنبه استثنایی داشتن دگرگونی اساسی شرایط قراردادی است. طرفین قرارداد، اصولاً با رعایت تمام جوانب امر اقدام به انعقاد قرارداد می‌کنند و در صورت احتمال خطر اقتصادی، راه‌کارهای لازم را نیز جهت تطبیق قرارداد با اوضاع و احوال استثنایی تدارک می‌بینند. به علاوه بسیار منطقی است که هدف اصلی طرفین یک قرارداد مستمر، اطمینان خاطر نسبت به آینده و مصون ماندن از وقایع احتمالی باشد. لذا اگر اعتقاد بر این باشد که هر نوع تغییر اوضاع و احوال موجب تجدیدنظر در قرارداد خواهد شد، قراردادهای به شدت متزلزل گردیده و هدف موردنظر

^۱ نوری، محمدعلی (۱۳۸۷) اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی. تهران: کتابخانه گنج دانش. ص ۱۷۰

^۲ بیگدلی، سعید (۱۳۹۴) تعدیل قرارداد. تهران: نشر میزان. چاپ ۴، ص ۵۹

از آنها زیر سؤال خواهد رفت. بنابراین قاضی باید حتی در صورت زیان دیدن یکی از طرفین، آن را جزء طبیعت قرارداد به حساب آورد، مگر اینکه ثابت شود زیان حاصله نتیجه مستقیم یک حادثه غیرقابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر بوده که شرایط قرارداد را چنان سخت و تحمل‌ناپذیر کرده که عرفاً هیچ شخص مواظبی نیز نمی‌توانسته پیش‌بینی نماید که در مقابل چنین تعهد گزافی قرار می‌گیرد و اگر احتمال چنین وضعیتی وجود داشت هیچ شخصی اقدام به انعقاد قرارداد نمی‌کرد^۱.

- عدم اجرای کامل تعهدات قراردادی

از دیگر شرایط لازم جهت امکان اجرای نظریه دشواری، اجرا نشدن کامل تعهد قراردادی است. از آنجا که هدف نظریه دشواری اجرای قرارداد، رفع مشکلات متعهد در اجرای وظایف قراردادی اوست، بنابراین اجرای چنین قاعده‌ای پس از عملی شدن تعهد بی معنا و استناد به آن ناموجه است. بنابراین، نظریه حاضر در دو صورت قابلیت اجرا دارد: نخست آنکه تعهد قراردادی هنوز به اجرا درنیامده و اجرای تمام بخش‌ها یا بخشی از آن با مشکل مواجه شود و دیگر اینکه علی‌رغم شروع یا اجرای تعهد، باقیمانده آن به علت حوادث جدید جز با هزینه یا زحمت غیر متعارف قابل اجرا نباشد. به عنوان مثال ممکن است متعهد تأمین مواد اولیه کارخانه‌ای، از همان ابتدا و به علت بروز جنگی ناخواسته با مشکل اجرای تعهد روبرو شود یا فقط نسبت به برخی مواد اولیه چنین مشکلی داشته باشد، مثلاً به علت گرانی شدید سیمان به سختی از عهده تأمین آن برآید، اما بتواند سایر مواد اولیه مثل فلزات و مواد شیمیایی دیگر را تحویل متعهدله دهد. همچنین ممکن است متعدد ساخت سدی تا نصف مراحل اجرا را بدون مشکل خاصی به انجام برساند اما در نیمه کار به علت بروز حوادث غیر مترقبه، با مشکل مواجه شود. آنچه اهمیت دارد اجرا نشدن تعهدات قراردادی به صورت کامل است.

۳-۵. شرایط تحقق قوه قاهره و آثار آن

شرایط تحقق قوه قاهره: حقوقدانان معمولاً برای تحقق قوه قاهره سه شرط، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل ذکر می‌کنند:

۱- حادثه باید غیرقابل اجتناب باشد: حادثه‌های فورس ماژور تلقی می‌شود که غیرقابل اجتناب و به تعبیر دیگر غیرقابل دفع باشد. یعنی حادثه باید دفع نشدنی و غیرقابل مقاومت باشد و نتوان در مقابلش ایستادگی نمود. اگر متعهد قرارداد با وجود توانایی در جلوگیری از وقوع حادثه مذکور، اقدامی انجام نداده و مانع تحقق حادثه نگردد مشارالیه کماکان مسئول عدم اجرای قرارداد باقی

^۱ همان ص ۶۱

خواهد ماند. چرا که در انجام تعهد خود مرتکب تقصیر شده است. در واقع اجرای تعهد با وقوع چنین حادثه‌های غیرممکن می‌شود و هیچ کس متعهد به امر غیرممکن نیست. در حقوق ایران، ماده ۲۲۹ قانون مدنی بدین شرط اشاره می‌کند.

۲- حادثه باید غیرقابل پیش‌بینی باشد: در حقوق فرانسه و اکثر کشورهایی که دارای حقوق نوشته هستند حادثه‌ای فورس مازور تلقی می‌شود که در زمان عقد قرارداد، برای انسان غیرقابل پیش‌بینی باشد؛ چه، در صورتی که حادثه قابل پیش‌بینی باشد متعهد موظف است تدابیر احتیاطی بیشتری برای اجتناب از آن اتخاذ کند و در نهایت باید از عقد قرارداد خودداری نماید و موجب سلب مسئولیت از متعهد نخواهد شد. شرط غیرقابل پیش‌بینی بودن در اغلب کشورها مقرر است؛ ولی در حقوق انگلیس و سایر کشورهای دارای نظام حقوقی کاملاً آن را لازم نمی‌دانند. در این کشورها ممکن است که حادثه قابل پیش‌بینی نیز موجب انتفای قرارداد و سقوط تعهد تلقی شود، هرچند که قابل پیش‌بینی نبودن حادثه در اثبات و تشخیص اینکه تغییر بنیادی در قرارداد برحسب اراده طرفین روی داده و در نتیجه، قرارداد نخستین منتفی شده است، مورد توجه قرار می‌گیرد. البته غیر قابل پیش‌بینی بودن، در زمان انعقاد قرارداد مدنظر است نه زمانی که اتفاق روی می‌دهد.

۳- حادثه باید خارجی باشد: حادثه‌های قوه قاهره تلقی می‌شود که خارجی و به تعبیر دقیق‌تر خارج از متعهد و قلمرو مسئولیت او باشد. بنابراین عیب مواد اولیه یا تقصیر کارکنان متعهد، قوه قاهره بشمار نمی‌آید، هرچند که غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب باشد. ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران با ذکر اینکه متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام، بواسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان به او مربوط نمود به نکته فوق تصریح کرده است نکته دیگر اینکه این قبیل حوادث نباید منتسب به متعهد باشند وگرنه نمی‌توان از آنها به عنوان حوادث غیرمترقبه یاد کرد و وی را مسئول نتایج آن حادثه ندانست. البته مسئولیت متعهد، به شرطی است که تقصیر وی منجر به وقوع حادثه شود و گرنه اگر متعهد مرتکب تخلفی گردد که در ایجاد حادثه مانع اجرای تعهد، نقشی نداشته باشد باز هم، وی مسئولیتی در پرداخت خسارت نخواهد داشت.

آثار قوه قاهره: اثر قوه قاهره در جایی که موجب عدم امکان دائمی یا بلند مدت اجرای تعهد است، با جایی که تنها مانعی موقت و کوتاه مدت محسوب می‌شود، متفاوت است. همچنین در قراردادهای تجاری بین‌المللی اثر قوه قاهره حائز اهمیت است. بنابراین در ذیل هر کدام به تفکیک بیان می‌شود.

الف) آثار قوه قاهره به عنوان مانع دائمی یا بلند مدت در اجرای تعهد:

۱- معافیت از مسئولیت؛ منسوب کردن عدم انجام تعهد به حادثه‌ی خارجی و احتراز ناپذیر، رابطه‌ی علیت مفروض میان فعل متعهد و انجام نشدن تعهد را از بین می‌برد و نشان می‌دهد که مدیون عهدشکنی نکرده است و به همین جهت نباید مسؤول خسارات ناشی از آن باشد. به بیان دیگر، ضرری که به طلبکار وارد آمده است، ناشی از فعل مدیون نیست.

۲- سقوط تعهد؛ فورس ماژور در جایی که مانع دائم اجرای تعهد است، موجب سقوط تعهد می‌شود؛ زیرا قواعدی که بر اثر تلف موضوع تعهد حکومت دارد، در موردی که اجرای تعهد غیر ممکن می‌شود نیز قابل اجرا است.^۱

۳- انفساخ قرارداد؛ اثر فورس ماژور در جایی که مانع دائمی بر سر راه اجرای تعهدات ناشی از عقد است، مشابه اثر تلف مبیع پیش از قبض است. حتی تلف مبیع پیش از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از سوی بایع، می‌تواند به عنوان یکی از مصادیق قوه‌ی قاهره شناخته شود. در این خصوص گفته شده است مبنای تأثیر قوه‌ی قاهره بر قرارداد، مانند بیعی است که مبیع عین معین در آن بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شده و مطابق ماده‌ی ۳۸۷ قانون مدنی، منجر به انفساخ عقد گردیده است. گرچه در مقابل برخی معتقدند با وجود قوه‌ی قاهره، قرارداد به قوت خود باقی است و طرفی که نمی‌تواند تعهد خود را انجام دهد، به هر حال متخلف محسوب می‌شود، اما معاف از پرداخت خسارت به طرف دیگر خواهد بود مگر در مواردی که حکم قانونی خاصی وجود دارد.^۲ ولی در حقوق کنونی نظریه اول طرفداران بیشتری دارد. در قراردادهای معوض، اگر قوه‌ی قاهره مانع از اجرای یکی از دو تعهد متقابل شود و برای مثال یکی از دو عوض را تلف کند، طرف مقابل نیز از انجام دادن تعهد معاف می‌شود. منتها چون این اثر بیشتر به همبستگی دو عوض ارتباط پیدا می‌کند، در مسئولیت از آن بحث نمی‌شود.^۳

یکی از نویسندگان در تشریح ماده ۸۰ کنوانسیون بیع بین‌المللی، وجود تقصیر را با شرط خارج از کنترل و خارجی بودن علت حادثه توجیه می‌نماید و تکرار این قاعده که قوه‌ی قاهره در کنار تقصیر متعهد قابل جمع نیست را از سوی پیش‌نویسان کنوانسیون، کاری عبث و بی‌پهلو می‌داند و بداهت امر را موجب این دانسته است که پیش‌نویسان سندو قواعد اینکوترم، از تکرار آن خودداری کنند (کسیدیجیان^۴، ۲۰۰۵، ص. ۴۱۹).

^۱ کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشارات بهمن برنا. چاپ ۱۳، ص ۵۴۵

^۲ نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۶). آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد، مجله حقوقی بین‌المللی، صص ۱۶۲-۱۹۵

^۳ همان ص ۱۹۸

^۴ Kessedjian

۴. راه‌حل فقهی و حقوقی

۱-۴. مبانی حقوقی نظریه دشواری اجرای قرارداد

حقوقدانان با استناد به مبانی مختلفی درصدد یافتن راه‌حل مناسبی در فرض دشواری اجرای قرارداد هستند. مهم‌ترین مبانی ابراز شده در خصوص این نظریه عبارتند از: شرط ضمنی، اصل حسن نیت، دگرگونی طبیعت تعهد و منع سوء استفاده از حق. که به بررسی و نقد این مبانی می‌پردازیم.

- نظریه شرط ضمنی

از مهم‌ترین نظریاتی که در بحث تغییر شرایط زمان انعقاد و متعاقب آن دشواری شدن اجرای قرارداد می‌توان بدان استناد جست، نظریه شرط ضمنی است. شروطی که ضمن قرارداد می‌آیند، یا به صورت صریح بیان می‌شوند، یا از طبیعت عقد و عرف و عادت به صورت ضمنی استنباط می‌گردند. گاهی متعاملین شروط خود را به صورت صریح در قرارداد ذکر می‌کنند ولی در بسیاری از قراردادها، متعاملین نمی‌خواهند یا نمی‌توانند همه ابعاد قصد خود را روشن سازند. این وظیفه عرف است که به عنوان مکمل و مفسر قرارداد عمل کرده و به قاضی در کشف قصد متعاملین کمک کند. ماده ۶۳۵ قانون مدنی نمونه‌ای از استناد قانون به عرف و عادت است.

در خصوص اعتبار این شرط بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد، اما صرف‌نظر از این اختلافات، با استفاده از وحدت ملاک ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی میتوان اعتبار شرط ضمنی را احراز نمود. ماده ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده ملزم می‌دارد، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانونی از عقد حاصل می‌شود" ملتزم می‌باشند. مطابق ماده ۲۲۵ قانون مدنی نیز متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن می‌باشد به منزله ذکر در عقد است.

- اصل حسن نیت

حسن نیت، اصلی ذاتاً اخلاقی و وجدانی است که همگام با تحولات جوامع انسانی و گسترش ارتباطات اجتماعی و تجاری و ظهور اختلافات پیچیده حقوقی، در جهت حل قسمتی از مسائل حقوقی، به ویژه نزدیک ساختن مقررات و ضوابط خشک حقوقی به موازین عدالت و انصاف پا به عرصه حقوق نهاده است. از میان معانی مختلف حسن نیت، دو معنای کلی و مستقل برای این مفهوم مورد شناسایی قرار گرفته است:

۱- صداقت و درستکاری در انعقاد و اجرای اعمال حقوقی؛

۲- تصور اشتباه و قابل اغماض به وجود یا عدم یک واقعه، یک حق یا یک قاعده حقوقی

براساس این دو معنا، دو کارکرد مستقل برای حسن نیت قابل ذکر است: در کارکرد نخست، حسن نیت به عنوان یک قاعده لازم الاجرا و به عبارت بهتر به عنوان یک اصل کلی در کلیه اعمال حقوقی و به ویژه در انعقاد، اجرا و تفسیر قراردادها حکومت دارد. در کارکرد دوم که در برخی دیگر از حوزه‌های حقوق همچون اموال و مالکیت، اسناد تجاری، نکاح و غیره حاکم است، حسن نیت به عنوان یک مبنای حقوقی توجیه کننده برای حمایت از شخص در موارد اشتباه و تصور نادرست به کار می‌رود که ناظر بر عدم اطلاع و ناآگاهی شخص است. این مفهوم از حسن نیت که جنبه حمایتی دارد بیشتر در حقوق فرانسه مورد توجه واقع شده و موجب حمایت قانون‌گذار از، شخص با حسن نیت (ناآگاه) می‌شود.

منظور از حسن نیت که در مراحل مختلف قراردادها حکمفرما است و موضوع بحث ما به شمار می‌رود معنای نخست آن است. بنا به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد بتوان تعریفی از حسن نیت به شرح زیر ارائه کرد: رفتاری صادقانه، عادلانه و معقول که طرفین در قرارداد خود از یکدیگر یا حتی اشخاص ثالث که مشمول قرارداد بودند یا متعاقباً با قرارداد ارتباط پیدا می‌کنند انتظار دارند. چنین انتظاری هریک از طرفین را ملزم می‌کند که در مذاکرات قراردادی و در زمان انعقاد قرارداد با انصاف و صادق باشد و بعد از وقوع قرارداد نیز در تفسیر و اجرای تعهدات و نیز اعمال حقوق خود صادقانه و منصفانه عمل کند.^۱

۴-۲. مبانی فقهی نظریه دشواری اجرای قرارداد

بررسی مسئله در فقه از چند جهت ضروری و ارزشمند است؛ اول آنکه بحث‌های عمیق، تحلیلی و استدلالی که توسط فقها در موضوعات گوناگون صورت می‌گیرد، مشابه آن در سایر نظام‌های حقوقی در جهان ملاحظه نمی‌شود. دوم آنکه عرف حقوقی ایران هماهنگ و براساس قواعد و مبانی حقوق اسلامی شکل گرفته و رفتار مردم هماهنگ با آن تنظیم شده است و عرف نیز مرجعی مهم برای تفسیر قوانین و کلیه قوانین و مقررات مدنی: «قراردادها به حساب می‌آید. نهایتاً اینکه مطابق اصل چهارم قانون اساسی ایران جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین منطقی

^۱ ابراهیمی، یحیی (۱۳۸۹). مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد. مجله حقوقی بین‌المللی، ۹۰-۲۶۶۱، (۴۱)

است که برای یافتن حکم هر مسئله در حقوق موضوعی کشور، به مبانی فقهی و آراء فقها توجه کامل شود. در غیر این صورت مادام که حکم مسئله از این جهت توجیه درستی پیدا نکرده باشد در حقوق ما نیز جایگاهی نخواهد یافت. لذا در این گفتار مهم‌ترین مبانی که در فقه در خصوص نظریه دشواری اجرای قرارداد میتوان به آنها استناد نمود، بیان و بررسی می‌گردد.

- نفی عسر و حرج

از جمله نظریات مهمی که می‌تواند مبنای توجیه و پذیرش نظریه دشواری باشد، نظریه مستند به قاعده فقهی نفی عسر و حرج است. به موجب این قاعده هرگاه نتیجه اجرای حکمی، ایجاد مشقت و سختی نامتعارف بر مکلف باشد، بنا بر حکم ثانوی ساقط و فرد از اجرای تکلیف معاف می‌شود. **مفهوم عسر و حرج:** حرج در لغت به معنی ضیق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است. در قرآن نیز واژه حرج به معنای ضیق، تنگی، سختی و گناه به کار رفته است چنان که خداوند می‌فرماید: *ما یزید الله لیجعل علیکم من حرج و لکن یرید لیطهرکم (مائده ۶)*. خداوند نمی‌خواهد شما را در تنگنا و سختی قرار دهد؛ لکن میخواهد شما را مطهر کند. برخی مفسران واژه حرج را به تنگی و ضیق معنی کرده و در بعضی از موارد کنایه از سختی و دشواری دانسته اند^۱ واژه عسر نیز متضاد یسر است و در معنی صعب، تنگ، دشوار، بدخویی، مشکل، سخت بکار می‌رود. چنانکه خداوند فرموده است: *سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا* "(سوره طلاق، آیه ۷). پس معنای عسر عبارت از صعوبت، مشقت و شدت است که در فارسی از آن به دشواری و سختی تعبیر می‌شود.

- غبن (حادث)

یکی از نظریاتی که به عنوان مبنای نظریه دشواری اجرای قرارداد مطرح شده و ریشه در فقه دارد نظریه غبن حادث است. غبن در لغت به معنای خدعه، نیرنگ، خلاف واقع نشان دادن و نقض عهد آمده است^۲. در اصطلاح فقیهان، تملیک مال است به زیادتر از قیمت آن در صورت جهل طرف دیگر، که در صورت فاحش بودن غبن در لحظه معامله، مغبون جاهل (اعم از اینکه خریدار باشد یا فروشنده) خیار فسخ خواهد داشت. در اصطلاح حقوقی غبن عبارت است از: زبانی که در زمان معامله، در نتیجه نابرابری فاحش بین ارزش عوضین به طرف جاهل می‌رسد. بر این اساس جوهر غبن در عدم تعادل بین دو عوض در زمان معامله است^۳.

^۱ محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳)، قواعد فقه بخش مدنی ۱، تهران، سمت، چاپ ۱۴، ص ۷۹

^۲ موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۹۸). قواعد فقهیه جلد اول انتشارات مجد، چاپ ۷، ص ۱۹۰

مبنای خیار غبن: فقها مبنای مختلفی را برای توجیه آثار غبن پیشنهاد کرده‌اند که از میان آنها دو مبنای تخلف از شرط ضمنی و لاضرر از بقیه مبنای مشهورتر است که در ذیل مختصراً بیان می‌گردد.

۱- تخلف از شرط ضمنی: برخی از فقها از جمله علامه حلی مبنای خیار غبن را تخلف از شرط ضمنی دانسته‌اند. زیرا بنای متعاملین در قراردادهای، برابری ارزش مالی عوضین بوده است و عرفاً تساوی آنها مشروط می‌باشد که این بنا نوعی بوده و عقود مشروط به تساوی عوضین در مالیت می‌باشند. که تخلف از آن موجب عدم رضایت به معامله می‌شود. بنای عرف و عقلا و ارتکاز آنان بر اعتبار تساوی مالی عوضین است و این شرط به طور ضمنی و با دلالت التزامی در عقد بوده و در حکم شرط صریح در عقد است که تخلف از آن موجب خیار می‌شود. لذا برخی از فقها همچون نجفی خوانساری تخلف از شرط ضمنی را کامل‌ترین مدرک خیار غبن و برخی مانند خویی آنرا تنها دلیل بر حجیت خیار غبن می‌دانند.^۱

- آثار دشواری اجرای قرارداد

با وجود الزام‌آور بودن قراردادها و لزوم پایبندی به مفاد آن، تأثیر تغییر بنیادی شرایط اقتصادی در فاصله‌ی انعقاد تا اجرای قرارداد، انکارناپذیر است. طرفین قرارداد با در نظر گرفتن اوضاع و احوال زمان تراضی، مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نمایند. اما ممکن است بعد از انعقاد قرارداد، در اثر حوادث غیرقابل پیش بینی و اجتناب ناپذیر شرایط زمان انعقاد قرارداد تغییر کند و اجرای قرارداد برای متعهد موجب دشواری بیش از حد یا ضرر نامتعارف و یا برای متعهدله کم ارزش گردد. که ما این وضعیت را با عنوان دشواری اجرای قرارداد شناسانیم. حال باید دید در صورت حدوث دشواری اجرای قرارداد چه راهحلی برای رهایی از این وضعیت وجود دارد. باتوجه به اینکه قانون ایران در این مورد صراحتاً راهحلی ارائه نمی‌کند و این خلاء قانونی موجب اختلاف نظر حقوق دانان و تشتت آراء و احکام مغایر محاکم قضایی شده است؛ لذا در این مبحث تلاش می‌شود تا با مطالعه و بررسی مبنای فقهی، حقوقی، قانونی و دکترین راهحل روشن و صریحی در این مورد ارائه نماییم. به نظر می‌رسد چنانچه تغییرات اقتصادی، اجرای قرارداد را به طور موقت با مشقت یا ضرر مواجه سازد، می‌توان با تعلیق اجرای قرارداد تا رفع وضعیت حادث از دشواری یا ضرر جلوگیری کرد اما اگر وضعیت حادث، دائمی باشد یا با توجه به شرایط قرارداد در یک مدت معقول احتمال برطرف شدن وضعیت داده نشود، برای برطرف کردن مشقت و دشواری و یا ضرر باید به دنبال راهحل دیگری بود که در ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم.

^۳ عیوضی، حمید (۱۳۸۶). مبنای خیارات از منظر فقها، فصلنامه علوم اسلامی، ص ۱۳۷

- دعوت به مذاکره

با توجه به اینکه تغییر اساسی شرایط اقتصادی موجب برهم خوردن توازن و تعادل قرارداد است، در وهله اول زیان دیده حق دارد تا از طرف دیگر بخواهد درباره شرایط اصلی قرارداد و به منظور تعدیل آنها با شرایط جدید، مذاکره کنند. درخواست مذاکره باید در اسرع وقت بعد از زمانی که ادعای حدوث دشواری شده، صورت گیرد. زمان دقیق درخواست مذاکره بستگی به اوضاع و احوال قضیه دارد. مثلاً اگر تغییر اوضاع و احوال تدریجی است این زمان طولانی‌تر خواهد بود. البته زیان دیده حق درخواست مذاکره را به این دلیل که با تأخیر نامعقول اقدام نموده از دست نخواهد داد. اما تأخیر در درخواست مذاکره به این امر که آیا دشواری عملاً وجود داشته یا خیر و اگر به وجود آمده چه آثاری بر قرارداد دارد، خلل وارد می‌کند. زیان دیده بایستی جهات مبنای درخواست مذاکره را اعلام کند، به نحوی که طرف مقابل بتواند ارزیابی کند که آیا درخواست مذاکره موجه است یا خیر. تصور در طرح جهات مبنای درخواست مذاکره ممکن است آثاری مشابه آثار ناشی از درخواست با تأخیر نامعقول داشته باشد. درخواست مذاکره فی نفسه به زیان دیده حق نمی‌دهد که از ایفای تعهدات قراردادی سرباز زند و موجب حق حبس نمی‌گردد. دلیل این امر نیز جنبه‌ی استثنایی دشواری اجرای قرارداد و نیز ضمان سوء استفاده‌های احتمالی از طریق جبران خسارت است. اگر در خود قرارداد قبلاً شرطی مبنی بر تعدیل قهری قرارداد در صورت حدوث تغییرات پیش‌بینی شده باشد درخواست مذاکره قابل استماع و پذیرش نیست. درخواست مذاکره از سوی زیان دیده و رفتار طرفین طی روند مذاکره بایستی بر اساس اصل حسن نیت باشد. زیان دیده باید صادقانه باور داشته باشد که موردی از دشواری پیش‌آمده و درخواست مذاکره را به عنوان مانور مقطعی صرف، مطرح نکند و هنگامی که درخواست مذاکره مطرح شد هر دو طرف باید مذاکره را به سمت سازنده سوق دهند.^۱ چنانچه طرف مقابل مذاکره را نپذیرد یا در صورت پذیرش مذاکره طرفین درخصوص تعدیل قرارداد ظرف مدت معقول به هر دلیلی به توافق نرسند و مذاکره بی‌حاصل باشد هر یک از طرفین حق دارد به دادگاه مراجعه کند. حال دادرس اگر وضعیت دشواری را احراز کند به طرق مختلف می‌تواند واکنش نشان دهد که در ادامه بیان خواهد شد.

- تعلیق اجرای قرارداد

با توجه به اینکه اغلب حوادث موجب دشواری، پس از مدتی بی‌اثر می‌شوند مثلاً رکود اقتصادی پایان می‌پذیرد یا تحریم‌ها لغو می‌گردد، تعلیق اجرای قرارداد به نفع متعهد تا رفع مشقت یا ضرر

^۱ نوری، محمدعلی (۱۳۸۷). اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی. تهران: کتابخانه گنج دانش. ص ۱۲۷

طبیعی‌ترین اثر این نظریه می‌باشد. لذا بدون اینکه تعهد متعهد منتفی گردد، یا حتی از آن کاسته شود تنها به وی مهلت داده می‌شود تا در اولین فرصتی که امکان انجام تعهد بدون دشواری نامتعارف وجود داشته باشد عیناً به تعهد خود عمل کند. بدین ترتیب ضمن رفع دشواری، اصل تعهد نیز تغییر نخواهد کرد. اما گاه ممکن است تعلیق اجرای قرارداد ممکن نباشد مثلاً تأخیر در اجرای قرارداد باعث بیفایده شدن آن گردد در این صورت باید به فکر راه‌حل دیگری بود.

- تعدیل قرارداد

اصل حاکمیت اراده و لزوم قراردادها، اقتضا می‌کند که مفاد تراضی همواره محترم و لازم‌الوفا باشد و هیچ یک از دو طرف نتواند از اجرای قرارداد و تعهدات ناشی از آن سرباز زند، یا در قلمرو خواست مشترک تصرف کند و شرایط قرارداد را تغییر دهد. با این وجود امروزه بحران‌های اقتصادی و پیدایش شرایط غیرقابل پیش‌بینی این سؤال را مطرح می‌کند که آیا می‌توان به استناد تغییر شرایط در زمان اجرا، خواستار تعدیل یا تجدیدنظر در قرارداد شد؟ بی‌شک در جایی که طرفین در هنگام انعقاد قرارداد به این امر توجه کرده باشند و با استفاده از شرط ضمن عقد، حق تعدیل قرارداد را پیش‌بینی کنند، مشکلی به وجود نمی‌آید. بحث اصلی مربوط به حالتی است که در قرارداد هیچ نوع تصمیمی در مورد تعدیل آن اتخاذ نشده باشد.

۳-۴. نظریه دشواری اجرای قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران

پس از تبیین نظریه دشواری اجرای قرارداد و بررسی مبانی و آثار این نظریه، باید دید نظریه مذکور در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران چه وضعیت و جایگاهی دارد. لذا در این مبحث طی دو گفتار جداگانه وضعیت نظریه دشواری اجرای قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران تبیین می‌گردد.

الف) نظریه دشواری اجرای قرارداد در فقه امامیه

نظریه دشواری به نحوی که در حقوق امروز مطرح است در فقه اسلامی جایگاهی ندارد. البته نه اینکه فقه اسلامی تغییر بنیادی شرایط زمان انعقاد را بر تعهدات قراردادی بی‌اثر بداند، بلکه فقه اسلامی یک نظریه عام و کلی چون نظریه دشواری اجرای قرارداد وضع نکرده است و با مکانیزم‌های خاص خود، شیوه مواجهه با این چنین حالت‌هایی را پیش‌بینی نموده است. به عبارتی فقه اسلامی نه در مورد نظریه دشواری اجرای قرارداد و نه در موارد دیگر نظریه‌های عام و کلی وضع نکرده است، بلکه این فقه، موضوعات را یک به یک بررسی و برای آنها راه‌حل عادلانه حاوی منطبق حقوقی وضع می‌کند و وظیفه محقق است که این جریان را بشناسد و از راه‌حل‌های گوناگون برای

موضوعات مختلف نظریه‌ای را مبتنی بر منطق حقوقی استخراج کند. علاوه بر این طبیعت تغییر بنیادی شرایط زمان انعقاد عمدتاً زاییده بحران‌های اقتصادی دهه‌های اخیر بوده و به همین علت است که حقوق‌دانان درصدد چاره جویی و یافتن راه‌حلی جهت کاستن از قدرت الزام‌آور بودن قراردادهای برآمدند. بعضی از فقها نظریه دشواری را مقارن قاعده تعذر به وفا به قرارداد به شمار آورده‌اند لیکن باید اذعان کرد که قاعده مذکور با نظریه دشواری متفاوت است. زیرا در قاعده تعذر اولاً اصولاً امکان اجرای قرارداد وجود ندارد و ثانیاً عذر مانع اجرای تعهد در قاعده تعذر می‌تواند عذر عام و عذر خاصی باشد که به یکی از دو طرف قرارداد مربوط می‌باشد، درحالی‌که از شرایط اساسی اجرای نظریه دشواری خارجی بودن حادثه است. ثالثاً این دو نظریه از جهت آثار نیز با یکدیگر متفاوتند چون قاعده تعذر موجب ایجاد حق فسخ برای متعذر است درحالی‌که اثر اصلی نظریه دشواری اجرای قرارداد، تعدیل قرارداد است و در حالت‌های استثنایی موجب فسخ قرارداد می‌گردد.

ب) نظریه دشواری اجرای قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران همچون فقه امامیه در خصوص دشواری اجرای قرارداد نظریه عام و کلی وجود ندارد و مطابق اصل لزوم قراردادهای طرفین ملزم به اجرای تعهدات قراردادی خود می‌باشند مگر این که به موجب یکی از اختیارات حق فسخ قرارداد را داشته باشند. بنابراین اگر تغییر شرایط زمان انعقاد قرارداد، توازن و تعادل قراردادی را برهم زند به نحوی که اجرای قرارداد مستلزم تحمل مشقت و هزینه گزاف برای متعهد باشد با توجه به اصل لزوم وی نمیتواند به این علت از مسئولیت معاف گردد یا در مفاد قرارداد تجدیدنظر کند.

البته قانونگذار در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی در خصوص بروز حوادث خارجی ناگهانی و متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به: «اجتناب ناپذیر مقرراتی وضع نموده است. ماده ۲۲۷ مقرر می‌دارد: "متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام تعهد به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود و ماده ۲۲۹ بیان می‌کند: "که اگر متعهد به واسطه حادث‌های که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود". همانطور که ملاحظه می‌شود این مواد ناظر به فرضی است که بروز حادثه خارجی و اجتناب ناپذیر، اجرای قرارداد را غیرممکن سازد. به همین علت حقوق‌دانان این دو ماده را ناظر به قوه قاهره (فورس ماژور) می‌دانند که در آن امکان اجرای قرارداد وجود ندارد درحالی‌که در فرض دشواری، تغییر شرایط زمان انعقاد اثر بروز حوادث خارجی ناگهانی و اجتناب ناپذیر، اجرای قرارداد را همراه با سختی و مشقت نامتعارف و یا ضرر ناروا می‌کند، نه اینکه امکان اجرای قرارداد را به طور کلی از بین ببرد. جدای از مواد مذکور، قانونگذار

ایران در مواد دیگری به صورت پراکنده تغییر شرایط زمان انعقاد که موجب تحمل مشقت یا ضرر ناروا برای متعهد می‌شود را مدنظر قرارداده و احکامی را در این خصوص وضع نموده است. که در ادامه به آنها اشاره می‌شود.

طبق ماده ۲۲۷ قانون مدنی: "متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد." در این ماده عسرت و تنگدستی مدیون به قاضی مجوز می‌دهد اجرای تعهد را به تأخیر بیندازد یا قرار اقساط صادر نماید. مشابه همین حکم در ماده ۶۵۲ قانون مدنی تکرار شده است به موجب این ماده: "در موقع مطالبه حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضی، مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد. در قوانین و مقررات موضوعه ایران، مواردی وجود دارد که قانون‌گذار به طور مستقیم در متعادل کردن قرارداد مداخله کرده است. به طور مثال، ماده واحده تقلیل اجاره بهای واحدهای مسکونی مصوب ۷ آبان ۱۳۵۸ مقرر می‌دارد: "کلیه اجاره بهای خانه‌های استیجاری که به عنوان محل مسکونی به اجاره واگذار شده و مستأجر از عین مستأجره به صورت مسکن استفاده می‌کند، از تاریخ اول آذر ۱۳۵۸ شمسی ۲۰ درصد تقلیل داده می‌شود".

گاه دخالت قانون‌گذار به حدی است که با تأکید بر اجرای قانون جدید از اجرای احکامی که درباره اجاره قانونی نحوه تخلیه ساختمان استیجاری به دست وزارتخانه‌ها و شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی، آرای صادره از محاکم دادگستری که به استناد ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ مبنی بر تعدیل مال الاجاره علیه دولت یا مؤسسات و سازمان‌های دولتی و شرکت‌های وابسته بعد از تاریخ ۲۲ بهمن ماه ۱۳۵۷ صادر شده و به مرحله اجرا درنیامده باشد، به تقاضای مستأجر موقوف الاجراست... دادگاه مکلف است با جلب نظر کارشناس حکم صادره را با تعیین اجاره بهای عادلانه اصلاح کند. این حکم قطعی است. بدین ترتیب قانون‌گذار که می‌دید اجاره بهای املاک در سال ۵۸ کاهش پیدا کرده است، اجاره بهای پیشین را به سود دولت تعدیل می‌کند و اثر و اعتبار حکم را نیز نادیده می‌گیرد. قانون‌گذار در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به صراحت قاعده نفی عسر و حرج را پذیرفته و مقرر می‌دارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

ماده ۱۷۹ قانون مدنی دریایی ایران در یک مورد تعدیل قضایی را به صراحت پذیرفته است. این ماده مقرر می‌دارد: "هر قرارداد کمک و نجات حین خطر و تحت تاثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه 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 و یا اجرت مذکور در قرارداد به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید قانون کار به موجب ماده ۱۴۴ نیز به دولت این حق را داده است که پیمان‌های دسته جمعی کار را در شرایط استثنائی که وزارت کار و امور اجتماعی تشخیص دهد تعدیل نماید. هرچند که قانون‌گذار در موارد فوق و مواد دیگر با دخالت خود موجب کاهش یا تعدیل تعهد متعهدی که اوضاع و احوال او را در شرایط حاد قرار داده، شده است، با این وجود باید گفت که این موارد به حالت‌های منصوص محدود می‌گردد و نمی‌توان ادعا کرد که قانون‌گذار یک قاعده کلی و عام را در مورد قراردادهایی که شرایط زمان انعقاد تغییر یافته و موجب تحمیل سختی و هزینه‌های گزاف بر متعهد می‌گردد، وضع کرده است. حال با سکوت قانون‌گذار کشورمان پیرامون قراردادهایی که مشمول نظریه دشواری می‌گردد آیا می‌توان از مجموعه قوانین پراکنده‌ای که در نظام قانون‌گذار وارد شده است، با توجه به اصول و مبانی نظام حقوقی کشورمان درصدد یافتن راه‌حلی بود؟ برخی از حقوقدانان معتقدند با توجه به قاعده نفی عسر و حرج که از قواعد مهم فقهی است می‌توان در این گونه موارد حق فسخ برای متعهد قائل شد، زیرا لزوم که حکم حرجی و مشقت بار است برداشته می‌شود (صفائی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۴)^۱. زیرا وقتی که قانون‌گذار در مورد طلاق و تخلیه عین مستأجره عسر و حرج را صراحتاً پذیرفته، موردی ندارد که آن را در بقیه موارد منتفی بداریم. برخی دیگر در تأیید این دیدگاه می‌گویند؛ توجه به بررسی مبانی قاعده عسر و حرج و موارد کاربرد این قاعده در نفی هرگونه 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.^۲ در تأیید این نظر گفته شده با عنایت 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 فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و با توجه به اینکه برخلاف قوانین کشورهای دیگر حکم صریح و روشنی در مورد تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد، در قوانین مدونه یافت نمی‌شود، چون قاعده نفی عسر و حرج، از قواعد معروف فقه اسلامی است و در تمامی ابواب فقه اعم از عبادات و معاملات جاری می‌شود به نظر می‌رسد که اجرای این قاعده برای رفع مشقت و سختی که در اثر تغییر بنیادی شرایط بر متعهد تحمیل می‌شود قابل توجیه است.

^۱ صفائی، سید حسین (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان. چاپ ۳۰ - ص ۱۲

^۲ صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۹۲). تغییر در شرایط قرارداد، تهران: میزان، چاپ ۳

برخی دیگر از حقوق دانان به استناد قاعده لاضرر قائل به حق فسخ برای متعهد در فرض دشواری شده اند. زیرا این قاعده از معروفترین قواعدی است که در فقه اسلامی جایگاه ویژه‌ای دارد و مورد قبول مذاهب مختلف است و در ابواب مختلف عبادات و معاملات مورد استفاده است و در نتیجه این قاعده حکم لزوم را در عقودی که متضمن ضرر باشد به جواز تبدیل می‌کند. از آنجایی که در مقام سکوت یا ابهام قانون منابع معتبر فقهی امروزه در نظام حقوقی ایران از مبانی تفسیر و استنتاج احکام است، بنابراین به لحاظ این که کلیه عقود و معاملات ضرری مشمول قاعده لاضرر است و در نتیجه اعمال این قاعده حکم لزوم به جواز تبدیل می‌گردد لذا چنانچه در اثر تغییر شرایط زمان انعقاد، توازن اقتصادی قرارداد بهم خورده و قرارداد نیز راه‌حلی را پیش بینی نکرده باشد، چون ایفاء تعهد موجب تحمیل ضرر و زیان گزافی به متعهد می‌گردد، قرارداد از نوع معامله ضرری خواهد بود و بنا به حکم قاعده لاضرر لزوم آن به جواز تبدیل و به متعهد حق فسخ خواهد داد. علاوه بر آن در صورتی که شرط ضمنی و یا شرط تبانی، که از شروط معتبر در نظام حقوقی ایران است، دائر بر بقاء و استمرار توازن اقتصادی قرارداد در زمان اجرا از قرارداد استنباط و کشف گردد، شرط ضمنی یا تبانی میتواند اعمال نظریه دشواری را در این نظام توجیه نماید.

۴-۴. وقوع تعذر

اصلی‌ترین رکن عقیم شدن قراردادها رخداد نوعی تعذر است و شرایط سه گانه بعدی توصیف این رکن می‌باشند. تعذر مفهومی عام است و شامل صور و انواع مختلفی مانند تعذر اصلی و طاری، تعذر دائمی و موقت، تعذر مطلق و نسبی، تعذر واقعی و اعتباری و ... است.

تعذر اصلی تعذری است که؛ در زمان انعقاد قرارداد وجود دارد، ولی تعذر طاری بعد از انعقاد قرارداد و در زمان اجرای آن به وقوع می‌پیوندد. در فرض تعذر طاری، پس از انعقاد قرارداد اجرای قرارداد به واسطه حدوث حوادثی که قابلیت انتساب به متعاقدين را نداشته است ناممکن می‌گردد. تعذر طاری در حقوق انگلستان مجرای اعمال دکترین فراستریشن است بدین معنا که در صورت تحقق تعذر طاری رکن اول دکترین فراستریشن تأمین شده و قرارداد عقیم خواهد شد. تعذر دائمی به تعذری گفته می‌شود که عدم امکان اجرای تعهدات دائمی و همیشگی باشد. در تعذر نسبی اجرای قرارداد صرفاً توسط متعهد ناممکن می‌گردد. تعذر واقعی نیز تعذری است که اجرای قرارداد از نظر فیزیکی و مادی ناممکن می‌شود. در تعذر اعتباری اجرای قرارداد از نظر فیزیکی و مادی ممکن است ولیکن قانون‌گذار اجازه اجرای قرارداد را نمی‌دهد. در هر دو نوع این تعذر حقوق دانان انگلیسی دکترین فراستریشن را به کار می‌بندند.

- خارجی بودن تعذر

خارجی بودن حادثه بدان معناست که تعذر حادث شده نباید در نتیجه اقدام خود متعهد باشد. همچنین علتی که موجب ناممکن شدن اجرای قرارداد و عدم ایفاء تعهدات ناشی از آن می‌گردد نباید قابلیت استناد به متعهد را داشته باشد در غیر این صورت متعهد کماکان مسئول عدم اجرای قرارداد خواهد بود و مسئولیت وی در این رابطه زایل نخواهد گردید و قابلیت استناد به دکتترین فراستریشن از وی سلب خواهد شد.

- اجتناب ناپذیر بودن تعذر

یعنی حادثه یا تعذر باید حادثه‌ای دفع‌نشدنی و غیرقابل مقاومت باشد و نتوان در مقابلش ایستادگی نمود. اگر متعهد قرارداد با فرض توانایی وی در جلوگیری از وقوع حادثه مذکور اقدامی انجام نداده و مانع تحقق حادثه نگردد مشارالیه کماکان مسئول عدم اجرای قرارداد باقی خواهد ماند چرا که در انجام تعهد خود مرتکب تقصیر شده است.

- غیرقابل پیش‌بینی بودن تعذر

این شرط بدان معناست که عارض شدن حادثه در عرف غیر قابل پیش‌بینی باشد. حادث‌های غیر قابل پیش‌بینی تلقی می‌شود که علت خاصی برای تصور پیش آمدنش موردنظر نیست و وقوع آن غیرعادی و ناگهانی باشد و بدین معنا نیست که حادثه قبلاً هیچگاه واقع نشده باشد. اما در باب دکتترین فراستریشن در حقوق انگلستان اشاره شده است که اگر متعاقدين به هنگام انعقاد قرارداد بروز حادثه را پیش‌بینی نمایند دکتترین فراستریشن ممکن است اعمال شود. در مقابل گروهی نیز اعتقاد دارند که صرف اینکه حادثه در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی شده است مانع اعمال دکتترین نخواهد بود و حادثه و پیش‌بینی آن در صورتی مانع اعمال دکتترین می‌گردد که متعاقدين در این باب شرطی در قرارداد ذکر کرده باشند. گروه اخیر در اکثریت قرار دارند.

پذیرش دکتترین فراستریشن در قرن نوزدهم این اثر را به همراه داشت که با وقوع حوادث منتفی کننده، قرارداد فوراً و بدون نیاز به هیچ چیز دیگری خود به خود خاتمه می‌یابد. بنابراین قرارداد از لحظه وقوع حادثه منتفی کننده، منحل می‌شود و طرفین از مسئولیت اجرای بعدی معاف می‌گردند و تنها آنچه باقی می‌ماند تعیین تکلیف تعدیل حقوق و تکالیف طرفین قرارداد در ارتباط با زمان قبل از وقوع حادثه منتفی کننده است. اثر حقوقی آن نیز بستگی به نظر و اطلاع طرفین از واقعه ندارد و صرف اثبات وقوع حادثه کافی است که قرارداد منتفی شده، محسوب گردد.

۴-۵. قاعده لاضرر

هدف از انعقاد و اجرای قرارداد کسب سود و منفعت است. در یک رابطه قراردادی کسب منفعت برای یک طرف معمولاً به معنی ضرر برای طرف دیگر است، ولی گاه وقوع حوادث ناگهانی و غیره منتظره و بر هم خوردن تعادل اقتصادی موجب ضرر ناروا و غیر متعارف برای یک طرف می‌گردد. بر همین اساس در فقه امامیه به عنوان یکی از استوارترین قواعد فقهی، از ضرر در معامله نهی شده است. در اینجا ابتدا مفهوم و مستندات قاعده لاضرر را بیان می‌کنیم و سپس به بررسی این قاعده به عنوان مبنایی برای نظریه دشواری اجرای قرارداد می‌پردازیم.

- مفهوم ضرر

معانی مختلفی برای ضرر ذکر شده است از جمله خلاف نفع، سوء حال، نقص در حق، نقص در مال، آبرو و جان. بررسی موارد استعمال واژه ضرر در منابع اسلامی نشان می‌دهد که ضرر شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است. و واژه ضرر هم در جایی به کار می‌رود که شخصی با استفاده از حق یا جواز شرعی موجب ورود زیان به دیگری می‌شود که می‌توان آن را به سوء استفاده از حق تعبیر کرد.^۱

- دلالت قاعده لاضرر

با توجه به ترجمه حرف "لا" در حدیث و تفسیرهای گوناگون از ضرر، در خصوص دلالت قاعده لاضرر اختلاف نظرهای زیادی بین فقهای امامیه وجود دارد. که در زیر به بعضی از نظریات مهم اشاره می‌شود.

۱- شیخ انصاری معتقد است که؛ چون ضرر واقعا در خارج وجود دارد "لا" در حدیث، لای نفی جنسی است و باید جمله را این‌طور تعبیر کرد "لا حکم ضرری فی الاسلام" یعنی واژه "حکم" را در اقدیر گرفته و باید بگوییم منظور پیامبر(ص) این است که حکم ضرری در دین اسلام نیست. به عبارت دیگر هر حکمی که از ناحیه شارع صادر می‌گردد اگر مستلزم ضرر باشد یا از اجرای آن ضرری برای مردم حاصل شود، طبق قاعده لاضرر آن حکم برداشته می‌شود. مثلاً در معامله غبنی، لزوم معامله موجب ضرر مغبون است. در اینجا طبق قاعده لاضرر حکم لزوم به منظور جلوگیری از ورود خسارت به مغبون برداشته می‌شود و مغبون خیار فسخ خواهد داشت.^۲

^۱ محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه بخش مدنی ۱، تهران، سمت، چاپ ۱، ص ۱۳۷

^۲ همان منبع

۲- برخی فقها مانند محقق خراسانی معتقدند؛ در کلام پیامبر(ص) نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع. یعنی موضوعاتی که دارای احکامی هستند اگر عناوین اولیه آنها موجب ضرر شود، حکم آن برداشته می‌شود. مثلاً اگر بیع باعث ضرر شود حکمش که لزوم است برداشته می‌شود. در نتیجه اگر حکم ضرری باشد ولی موضوع ضرری نباشد، مشمول قاعده لاضرر نمی‌شود. طبق این قاعده در معامله غبنی چون خود معامله موجب ضرر نیست بلکه لزوم آن موجب ضرر است، مشمول قاعده لاضرر نیست.^۱

۳- برخی از فقها "لا" را در معنای مجازی استعمال کرده و آن را لای نهی دانسته‌اند. اینان معتقدند مقصود از حدیث لاضرر، نهی از ضرر زدن به دیگری است. یعنی هیچ کس حق ضرر زدن به دیگری را، ندارد و از این حدیث حرمت ضرر رساندن به دیگران استفاده می‌شود.^۲

۴- عده‌ای از فقها بر این باورند که مفاد حدیث، نفی ضرر غیر متدارک است. یعنی هیچ ضرر جبران نشده‌ای وجود ندارد. شارع با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر کرده است.

۵- برخی در جمع نظریات گفته‌اند که مقصود از حدیث لاضرر این است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و این عدم مشروعیت هم شامل مرحله قانون‌گذاری می‌شود و هم شامل مرحله اجرای قانون. به این معنا که خداوند در مقام تشریح اولیه احکام اسلامی، هیچ حکم ضرری وضع نکرده است و چنانچه حکمی از احکام الهی که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی از افراد مسلمان ضرری باشد، به طور موردی مرتفع می‌گردد بنابراین "لا" لای نفی است و اختصاص به ضرر شخصی ندارد بلکه ضرر نوعی را هم شامل می‌شود و احکام اسلامی اعم از وضعی یا تکلیفی مبتنی بر نفی ضرر است.^۳

- بررسی و نقد نظریه لاضرر

طرفداران نظریه لاضرر معتقدند که با تمسک به فهم عرفی و بنای عقلا و مستنبط از ادله شرعی مذکور در باب لاضرر، هر جا که حکمی در دید عرف ضرری باشد اعم از احکام تکلیفی یا وضعی، ضرر نفی گردیده است. بر همین اساس چنانچه در اثر تغییر اوضاع و احوال و دگرگونی شرایط اقتصادی، تعادل و توازن قراردادی به هم خورده باشد و الزام به انجام تعهد مستلزم ورود ضرر غیر متعارف و ناروا به متعهد گردد، در عرف ضرر محقق و بنا به قاعده لاضرر حکم ضرری یعنی الزام به

^۱ پیشین ص، ۱۴۳-۱۴۴

^۲ موسوی بجنوردی، سی محمد (۱۳۷۹). قواعد فقهیه، ج ۱، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی،

ص ۱۹۰

^۳ محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت، چاپ ۱۴، ص ۱۶۰

انجام تعهد، مرفوع است و برای زیان دیده حق فسخ ایجاد می‌شود. به عنوان مثال در بعضی از کتب فقهی ذکر شده است که اگر کسی طی قراردادی برای حفر چاهی اجیر شود و پس از حفر مقداری از چاه با سنگ بسیار بزرگی مواجه شود، اظهار نظر شده که اگر حفر چاه و عبور از سنگ در حد توانایی و قدرت اجیر باشد باید به تعهد عمل کند، اما اگر لازمه حفر چاه به کارگیری آلات و ادوات دیگری که تهیه آنها مستلزم هزینه گزاف باشد و از این ناحیه ضرری متوجه متعهد گردد، حکم به انجام تعهد ضرری شده و الزام برداشت می‌شود. به این نظریه ایراد شده است که در هر عقدی طرفین با انعقاد قرارداد، ضررهای احتمالی ناشی از عقد را در مقابل منافع احتمالی پذیرا می‌باشند (من له الغنم فعلیه الغرم) و این پذیرش شامل ضررهای زمان اجرا نیز می‌شود. به عبارتی متعهد با انعقاد قرارداد علیه خود اقدام کرده و اکنون موظف به اجرای تعهد است. در پاسخ گفته شده که طرفین در هنگام انعقاد قرارداد فقط ضررهای متعارف را با تعهد و الزامات قراردادی پذیرا شده‌اند، نه ضررهایی که ناشی از حوادث پیش‌بینی نشده و ناگهانی است که نه ربطی به متعهد دارد و نه متعهد در آن دخالت داشته است. در واقع متعهد آنچه را که بدان پایبند شده چیزی نیست که در حال حاضر با آن روبروست. وی به آن میزان از ضرر فکر می‌کرده است که با اوضاع و احوال زمان انعقاد از تعهد ناشی می‌شده است، نه میزانی گزاف و غیر متعارف و دور از انتظار. هر انسان معقول و منطقی با روبرو شدن با چنین تغییرات بنیادی، بر ناروایی ضرر ناشی از حوادث دگرگون کننده صحنه می‌گذارد. ایراد دیگری که به این نظریه وارد شده است این می‌باشد که قاعده لاضرر نفی‌کننده حکم ضرری لزوم قرارداد است و نتیجه آن ایجاد حق فسخ برای متضرر است. این قاعده مفاداً دلالت بر وجود حق تعدیل قرارداد ندارد. به تعبیری قاعده لاضرر نفی حکم می‌کند نه اثبات حکم. در پاسخ به این ایراد گفته شده هر چند در هیچ یک از آراء و نظرات فقهای امامیه صراحتاً به وجود حق تعدیل قرارداد توسط قاضی به استناد قاعده لاضرر اشاره نشده است اما در تعدیل قرارداد توسط قاضی کاربرد قاعده لاضرر فقط در نفی لزوم قرارداد ضرری است و اثبات حکم تعدیل قرارداد توسط قاضی به استناد ادله و اصول دیگری به دست می‌آید. در واقع قاعده لاضرر لزوم قرارداد ضرری را رفع می‌کند و در چنین وضعیتی قاضی به استناد ادله دیگری حکم به تعدیل قرارداد می‌کند.^۱

^۱ حیدری فرد، علی اکبر (۱۳۹۶). تعدیل قرارداد توسط قاضی. شیراز: انتشارات فرامتن، ص ۱۱۲

۵. بحث و نتیجه‌گیری

علیرغم وجود قاعده مهم و اساسی لزوم قرارداد که براساس آن، طرفین نمی‌توانند به دلخواه قرارداد را فسخ کنند و از اجرای تعهدات ناشی از آن سرباز زنند یا در مفاد آن تغییری به وجود آورند. لیکن از زوایای مختلفی این قاعده مصون از استثناء نمانده است. از جمله این استثنائات وضعیت دشواری اجرای قرارداد است. در قراردادهای مستمر و طولانی مدت ممکن است در طول اجرا شرایط اقتصادی نسبت به زمان انعقاد تحت تأثیر عوامل مختلفی از جمله تورم، تحریم، نوسانات نرخ ارز و غیره، به صورت اساسی تغییر کند که در اثر آن تعادل و توازن میان تعهدات قراردادی از بین رفته و در نتیجه اجرای قرارداد نسبت به زمان انعقاد برای متعهد به شدت سخت و دشوار و یا برای متعهدله به شدت کم ارزش گردد. این وضعیت تحت عنوان هاردشیپ یا تعسر و یا دشواری اجرای قرارداد شناخته می‌شود.

دشواری و مشقت غیرمتعارف و نه ناممکن شدن اجرای قرارداد، عنصر اصلی نظریه دشواری اجرای قرارداد و موجب تمیز آن از سایر معاذیر است. طرفداران این نظریه کوشیده‌اند با مبانی نظری نفی عسر و حرج، شرط ضمنی، غبن حادث، لزوم رعایت حسن نیت، قاعده لاضرر، منع سوء استفاده از حق و غیره این نظریه را توجیه و واقعیت‌های زندگی اجتماعی را به عدالت نزدیک‌تر کنند. از جمله مهم‌ترین مبانی مطرح شده توسط حقوق‌دانان نظریه شرط ضمنی است. به موجب این نظریه تراضی همراه با این شرط ضمنی است که قرارداد تا زمان ثبوت وضع متعارف کنونی الزام‌آور و محترم است. در نتیجه حوادثی مانند بحران‌های شدید اقتصادی که در قرارداد به حساب نیامده و موجب از بین رفتن تعادل قراردادی شده به طرف متضرر حق می‌دهد که قرارداد را فسخ کند یا تعدیل آن را از دادگاه بخواهد. براین اساس امکان تجدیدنظر یا فسخ قرارداد با اصل لزوم تعارض ندارد و نتیجه پیروی از توافق ضمنی طرفین قرارداد است. از دیگر مبانی مهم که می‌تواند مبنای توجیه و پذیرش نظریه دشواری قرار گیرد قاعده فقهی نفی عسر و حرج است. به موجب این قاعده هرگاه نتیجه اجرای حکمی ایجاد مشقت و سختی نامتعارف بر متعهد باشد، بنابر حکم ثانوی ساقط می‌شود. لذا اگر لزوم اجرای قرارداد موجب دشواری و مشقت نامتعارف باشد حکم لزوم برداشته می‌شود.

مبنای دیگری که در این زمینه مطرح شده نظریه غبن حادث است. مطابق این نظریه همان‌گونه که عدم تعادل فاحش عوضین در زمان تراضی می‌تواند باعث خیار غبن برای زیان‌دیده باشد، اگر در زمان اجرای قرارداد نیز تعادل عرفی تعهدات برهم خورد از آنجا که مبنای خیار جلوگیری از ضرر ناشی از عدم تعادل عوضین است، امکان تعدیل یا فسخ قرارداد وجود دارد. قاعده لاضرر را نیز نمی‌توان از نظر دور داشت. طرفداران این نظریه معتقدند هر جا که حکمی در دید عرف

ضرری باشد - اعم از احکام تکلیفی و وضعی - ضرر نفی گردیده است. بر همین اساس چنانچه در اثر تغییر شرایط اقتصادی و دگرگونی اوضاع و احوال، تعادل و توازن قراردادی برهم خورده و الزام به انجام تعهد مستلزم ورود ضرر ناروا به متعهد گردد در عرف ضرر محقق و بنا به قاعده لاضرر حکم ضرری یعنی الزام به انجام تعهد مرفوع است و برای متضرر حق فسخ ایجاد می‌شود. به لحاظ سکوت قانون‌گذاری در مورد قراردادهایی که تحت تأثیر تغییر بنیادی شرایط اقتصادی قرار گرفته و وضعیت دشواری اجرای قرارداد محقق شده است، با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در موارد سکوت یا ابهام با اجمال قانون به قاضی تکلیف شده که حکم قضیه را با توجه به منابع معتبر اسلامی و اصول حقوقی پیدا کند، مراجعه به منابع فقهی برای یافتن حکم فرض مذکور ضروری است. با بررسی منابع فقهی به این نتیجه رسیدیم که در فقه امامیه نیز در خصوص وضعیت دشواری اجرای قرارداد، نظریه عام و کلی وجود ندارد اما فقها به صورت مصداقی در مواردی که اجرای تعهد با مشقت و دشواری نامتعارف یا ضرر ناروا همراه باشد به استناد قواعدی همچون نفی عسر و حرج و لاضرر، حکم لزوم قرارداد را مرفوع دانسته و قائل به حق فسخ برای متعهد شده‌اند. در قوانین ایران نیز مشاهده می‌گردد قانون‌گذاری در مواردی از جمله ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و ماده ۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۶۲ به صراحت قاعده نفی عسر و حرج را پذیرفته است. همانطور که ملاحظه می‌شود پذیرش نظریه دشواری بر مبنای نفی عسر و حرج نزد فقها و حقوق‌دانان مقبولیت بیشتر دارد. گرچه که به نظر می‌رسد نظریه شرط ضمنی نیز می‌تواند مبنای مناسبی برای فرض دشواری اجرای قرارداد باشد. حدوث وضعیت دشواری اجرای قرارداد بر متعاملین و تعهدات قراردادی آثاری دارد؛ در صورتی که دشواری موقت و اجرای قرارداد در مدت دیگری مطلوب متعهدله باشد، تعلیق اجرای قرارداد به نفع متعهد تا رفع مشقت یا ضرر طبیعی‌ترین اثر این نظریه می‌باشد. لذا بدون اینکه تعهد متعهد منتفی گردد، یا حتی از آن کاسته شود تنها به وی مهلت داده می‌شود تا در اولین فرصتی که امکان انجام تعهد بدون دشواری نامتعارف وجود داشته باشد عیناً به تعهد خود عمل کند. بدین ترتیب ضمن رفع دشواری، اصل تعهد نیز تغییر نخواهد کرد. اما گاه ممکن است تعلیق اجرای قرارداد ممکن نباشد مثلاً تأخیر در اجرای قرارداد باعث بی‌فایده شدن آن گردد، در این صورت متعهد در وهله اول باید متعهدله را به منظور تجدیدنظر در مفاد قرارداد دعوت به مذاکره نماید. اگر مذاکره موفقیت‌آمیز باشد، طرفین به صورت توافقی اقدام به تعدیل قرارداد می‌نمایند. اما چنانچه متعهدله حاضر به مذاکره نشود یا در صورت مذاکره نتیجه‌ای حاصل نگردد متعهد می‌تواند از دادگاه درخواست تعدیل یا فسخ قرارداد نماید. تعدیل قرارداد به دلیل مزایای قابل توجه از جمله سازگاری با خواست طرفین و واقعیات تجاری در قراردادهای دراز مدت، بر فسخ ترجیح دارد. لذا دادرس در ابتدا بایستی با توجه به شرایط و اوضاع و

احوال قضیه قرارداد را تعدیل نماید. در عین حال گاه امکان تعدیل قرارداد وجود ندارد و گاه با وجود امکان تعدیل قرارداد، تعدیل قرارداد قادر نیست ضرر و زیان ناخواسته را جبران کند. لذا در چنین موارد استثنایی فسخ راه‌حل مناسبی محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد با توجه به رشد فزاینده تحولات و دگرگونی‌ها و حدوث وقایعی چون تحریم، بحران‌ها از جمله بیماری‌های همه‌گیر و رکود اقتصادی همراه با آن (مانند بیماری فعلی کرونا)، نوسانات اقتصادی، تورم روزافزون در جامعه و اثر انکارناپذیر آن بر قراردادهای ارائه راه‌حل اصولی و عادلانه و برخاسته از مبانی حقوقی و فقهی در خصوص موضوع یاد شده و به منظور جلوگیری از اتخاذ رویه‌های متفاوت و بعضاً معارض از سوی محاکم، اجتناب‌ناپذیر است. لذا پیشنهاد تصویب مقرره‌های به شرح زیر توسط نظام قانون‌گذاری کشور می‌گردد: در قراردادهای مستمر و طولانی مدت چنانچه در اثر تغییر بنیادی شرایط اقتصادی در نتیجه وقوع حادثه‌ای خارجی، غیرقابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر، اجرای تعهدات قراردادی نوعاً دشوار گردد، چنانچه دشواری موقتی باشد، قرارداد به حالت تعلیق درمی‌آید. در غیراین صورت بر حسب شرایط قاضی می‌تواند حکم تعدیل یا فسخ قرارداد صادر نماید. تا رفع این خلاء قانونی پیشنهاد می‌گردد تجار، بازرگانان و وکلا در قراردادهای تنظیمی خود به ویژه قراردادهای دراز مدت و بین‌المللی شروطی تحت عنوان شرط دشواری یا شرط تعدیل ناظر به تغییر بنیادی شرایط اقتصادی درج نمایند.

منابع

۱. ابراهیمی، یحیی (۱۳۸۸). "مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد"، مجله حقوقی بین‌المللی، ۲۶(۴۱)، صص ۶۱-۹۰.
۲. ابراهیمی، یحیی (۱۳۸۹). "مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد"، مجله حقوقی بین‌المللی، ۴۱(۴۱)، صص ۲۶۶۱-۹۰.
۳. احمدخان بیگی، سمانه (۱۳۹۰). "گزارش ارزیابی تحریم‌های حقوق بشری آمریکا و اروپا علیه ایران"، دفتر مطالعات سیاسی (گروه سیاست خارجی) مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۷۷.
۴. اسماعیلی، محسن (۱۳۸۱). "تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قراردادها از منظر حقوق تطبیقی"، مجله رهنمون، (۱)، صص ۱۳۷-۱۵۴.
۵. افتخاری، جواد (۱۳۹۵). کلیات عقود و حقوق تعهدات. تهران: میزان. چاپ دوم، ص ۱۸.
۶. افتخاری، جواد (۱۳۹۵). کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، چاپ ۳، ص ۲۲۷.
۷. الموسوی الخمینی، روح الله (۱۳۶۶). کتاب البیع. جلد ۱، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۸. الهاشمی الشاهرودی، سیدمحمود (۱۴۲۴ ه.ق). قرائات فقهیه معاصره فی العبادات و المعاملات، بیروت: الغدیر للطباعه النشر و التوزیع.
۹. امام تقی‌الدین ابن تیمیه، التفاوی الکبری، بیروت، دارلکتب العلمیه، ۱۴۰۸ ق، ص ۷۴.
۱۰. امامی، میرسیدحسن (۱۳۹۹). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۳۸، تهران، انتشارات اسلامییه.
۱۱. انصاری، مرتضی (شیخ انصاری) (۱۳۹۸). المکاسب، جلد دوم و سوم، چاپ ۲۸، قم، ص ۷۹.
۱۲. ایوانز، گراهام؛ نونام، جفری (۱۳۹۱). فرهنگ روابط بین‌الملل (مترجم حمیرا مشیرزاده و حسین شریفی طرازکوهی)، تهران: نشر میزان، چاپ ۲.
۱۳. بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، نجف، مطبقة الآداب، ۱۳۸۶ ق، ص ۲۳۲.
۱۴. براری چناری، یوسف؛ جعفری چالشتی، محمود (۱۳۹۲). مطالعه و بررسی تاثیر فورس ماژور بر عقیم شدن قرارداد اجاره.
۱۵. بنایی اسکویی، مجید (۱۳۹۲). تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی. مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ۴(۱)، صص ۴۱-۶۱.
۱۶. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۵). سوء استفاده از حق. تهران: انتشارات اطلاعات.

۱۷. بیگدلی، سعید (۱۳۹۴). تعدیل قرارداد، تهران: نشر میزان. چاپ ۴، ص ۵۹.
۱۸. پارساپور، محمدباقر و ذاکری‌نیا، حانیه (۱۳۹۴). "اقسام، احکام و آثار معاذیر عدم اجرای قرارداد"، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۹(۲)، صص ۵۰-۲۵.
۱۹. جان ای وستبرگ؛ قاسمی، علی (۱۳۷۱). "معاذیر قراردادی در معاملات تجاری بین‌المللی احکام صادره دیوان داوری دعوی ایران- ایالات متحده آمریکا"، مجله حقوقی دادگستری، (۴)، صص ۲۰۴-۱۵۹.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۶). دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، جلد اول، بی تا، تهران: دانشگاه تهران، چاپ ۴، ص ۹۶.
۲۱. جعفری، علی؛ تلخایی، مجید (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی تعذر اجرای قرارداد در فقه و حقوق ایران و انگلیس ۴۸-۲۹، معرفت، ۱۴۸.
۲۲. جعفری لنگرودی (۱۴۰۰). وصیت، بی تا، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ ۵- ص ۲۱.
۲۳. جلالی، محمود و آرایبی، حمید (۱۳۸۹). "بررسی تطبیقی دکترین تغییر بنیادین اوضاع و احوال در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل"، مطالعات حقوق تطبیقی، ۶(۲)، صص ۱۶۳-۱۴۵-۱۴۵.
۲۴. جلیل فنواتی سیدمصطفی محقق داماد، (۱۳۹۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه - جلد اول (با تجدید نظر و اضافات)، تهران، سمت، چاپ ص ۵۴.
۲۵. جوانمردی، ناهید (۱۳۸۱). "غبن طرفین"، مجله پژوهش حقوق عمومی، ۷، صص ۱۴۰-۱۲۵.
۲۶. حاتمی، علی‌اصغر و رودیجانی، محمدمجتبی (۱۳۸۷). "بررسی تطبیقی قوه قاهره"، مجله دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، ۷، صص ۷۹-۶۱.
۲۷. حافظی احمدی، علیرضا (۱۳۹۲). "قراردادهای تجاری بین‌المللی و قوه قاهره"، تهران: نگاه بینه، صص ۱۵۴-۱۲۱.
۲۸. حسین‌آبادی، امیر (۱۳۸۶). "تعادل اقتصادی در قراردادها"، مجله تحقیقات حقوقی، ۲۱.
۲۹. حکمت، محمدعلی (۱۳۶۴). "تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین‌المللی"، مجله حقوقی بین‌المللی، (۴)، صص ۷۸-۵.
۳۰. حیدری فرد، علی اکبر (۱۳۹۶). تعدیل قرارداد توسط قاضی. شیراز: انتشارات فرامتن. ص ۱۱۲
۳۱. حیدری فرد، علی اکبر (۱۳۸۵). تعدیل قرارداد توسط قاضی. شیراز: انتشارات فرامتن.

۳۲. خوئینی، غفور (۱۳۸۰). "تحلیل فقهی حقوقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها"، پژوهشنامه متین، (۱۳)، صص ۱۶۴-۱۴۵.
۳۳. خوئینی، غفور؛ شمس الهی، عطیه و ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۲). "تعدیل قضائی قرارداد در اثر کاهش ارزش پول"، پژوهش حقوق خصوصی، (۴)، صص ۱۳۹-۱۱۱.
۳۴. دارائی، محمدهادی (۱۳۹۴). "مطالعه تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران"، مجله حقوق تطبیقی، (۱)۶، صص ۱۵۰-۱۰۷.
۳۵. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بنمحمد، المفردات، بیروت، دارمکتبه الحیاه، بیتا، ص ۴۵۰.
۳۶. ربیعیان، حمید؛ لطفیانی، سیامک و لعلی، علی (۱۳۹۴). "غبن حادث در حقوق بین الملل خصوصی، کنفرانس پژوهش‌های نوین در علوم انسانی".
۳۷. رضائیان عمران، نسرین و سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۱). "اهمیت شخصیت طرف معامله در انعقاد عقود مسامحه‌ای"، دو فصلنامه علمی ترویجی علامه، (۳۹)۱۲، صص ۸۰-۴۷.
۳۸. السان، مصطفی و منوچهری، محمدرضا (۱۳۹۰)، "بررسی تطبیقی آثار عقیم شدن قرارداد در حقوق ایران و انگلیس"، مطالعات حقوق تطبیقی
۳۹. سحابی، بهرام؛ ذوالفقاری، مهدی؛ مهرگانی، نادر و سارنج، علیرضا (۱۳۹۳). "بررسی انواع ریسک نوسان نرخ ارز و شیوه‌های مدیریت آن"، فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه، (۴)، صص ۳۳-۳.
۴۰. سحابی، بهرام؛ ذوالفقاری، مهدی؛ مهرگانی، نادر؛ سارنج، علیرضا (۱۳۹۳). بررسی انواع ریسک نوسانات
۴۱. سعیدیان، فیصل (۱۳۸۹). "قلمرو نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه اسلامی و حقوق ایران"، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، (۱۹)۶، صص ۱۰۶-۸۵.
۴۲. سلطانی، محمد و لشکری، محمد (۱۳۹۰). "آزمون پولی بودن تورم و شناسایی عوامل مؤثر بر تورم در اقتصاد ایران"، نشریه راهبرد توسعه، شماره ۲۸.
۴۳. السنهوری، عبدالرزاق، احمد (۱۳۹۹). اوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، دوره تعهدات، ترجمه محمدرضا شرافت‌پیما، جلد اول، چاپ چهارم، قم، انتشارات دانشگاه قم، ص ۱۴.
۴۴. سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی حسن نیت در فقه، حقوق خارجی و اسناد بین‌الملل آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، (۱۰)، صص ۷۴-۵۱.

۴۵. سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۹). شرط ضمنی در فقه و قانون مدنی و حقوق خارجی، چاپ سوم، قم، بوستان کتاب قم، ص ۵۴.
۴۶. شریفی، سید الهام‌الدین و صفری، ناهید (۱۳۸۹). مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ در اصول حقوق قراردادهای اروپایی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران. مجله حقوق تطبیقی، ۷۹(۲)، صص ۲۴-۳.
۴۷. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۸۹). اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، نشر فروزش، تهران، ص ۱۰۹.
۴۸. شعبانی، امید و حاجی محمدی، اصغر (۱۳۹۳). "مقایسه دکتین فراستریشن و نهد حقوقی فورس ماژور"، مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفی، ۱۰(۴)، صص ۱۱۱-۱۳۰.
۴۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳، ص ۱۶۰.
۵۰. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر حقوق‌دانان، چاپ ۱۰، ص ۱۳۸.
۵۱. شهیدی، مهدی (۱۴۰۰). دوره حقوق مدنی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مجد، چاپ ۱۵، ص ۱۴۷.
۵۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). دوره حقوق مدنی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مجد، ص ۴۲.
۵۳. شوآنزر، اینبورگ؛ آرابی، حمید (۱۳۹۲). فورس ماژور و هاردشیپ در قراردادهای بیع بین‌المللی، ماهنامه کانون، ۱۳۶، صص ۱۸۳-۱۶۳.
۵۴. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، استبصار، تحقیق سید حسن خرسان، چاپ چهارم، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
۵۵. صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۹۲). تغییر در شرایط قرارداد، تهران: میزان، چاپ ۳.
۵۶. صفایی، سید حسین (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: میزان. چاپ ۳۰، ص ۱۲.
۵۷. صفایی، سید حسین (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: میزان. چاپ ۳۰، ص ۱۲.
۵۸. صفایی، سید حسین (۳۸۴).
۵۹. قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی بین‌المللی، ۳، صص ۱۵۲-۱۰۹.

۶۰. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۳۷۸ ه.ق). حاشیه المکاسب، جلد اول و دوم، چاپ اول، قم، موسسه مطبوعات اسماعیلیان، ص ۱۳۶.
۶۱. ظریف، محمدجواد (۱۳۹۷). سیاست خارجی ایران از درون مذاکره مبتنی بر قدرت، ص ۱۱.
۶۲. ظریف، محمدجواد و میرزایی، سعید (۱۳۸۶). "تحریم‌های یک جانبه امریکا علیه ایران"، مجله سیاست
۶۳. عالی، سلیمان (۱۳۸۹). بررسی قاعده نفی عسر و حرج در فقه و حقوق مدن، خارجی، (۱)، ص ۱۱.
۶۴. عبدالملکی، قاسم (۱۳۷۹). "تعدیل قرارداد - مطالعه تطبیقی"، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه تهران، تهران.
۶۵. عسگری، حکمت‌اله و مقدری امیری، عباس (۱۳۹۴). "تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران"، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۱(۴۱)، صص ۱۶۲-۱۴۵.
۶۶. علوی قزوینی، سید علی و وکیلی مقدم، محمدحسین (۱۳۸۹). "بازنگری در مفاد قرارداد"، فقه و حقوق اسلامی، ۱۱(۱)، صص ۱۶۱-۱۳۳.
۶۷. علیزاده، مهدی (۱۳۸۶). "مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها"، مجله الهیات و حقوق، (۱۶)، صص ۱۲۶-۹۵.
۶۸. عیوضی، حمید (۱۳۸۶). "مبانی خیار از منظر فقها"، فصلنامه علوم اسلامی، ۸، صص ۱۷۴-۱۳۵.
۶۹. فخارطوسی، جواد (۱۳۹۰). پژوهشی در تعدیل قرارداد فقه اهل بیت، ۲۷، صص ۲۰-۱.
۷۰. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۲). "جواز تفسیر در پوشش تعدیل و منع تعدیل در پوشش آن"، مجله مدرس علوم انسانی، ۱۰۶(۲۸)، صص ۱۶۴-۱۳۳.
۷۱. قاسمی، محمدعلی (۱۳۸۷). "بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسر و حرج"، مجله تخصصی الهیات و حقوق، (۲۷)، صص ۱۵۸-۱۳۱.
۷۲. قزلباش چمک، مسلم (۱۳۹۱). تأثیر شرایط دشوار اقتصادی بر اجرای قرارداد در حقوق ایران و فقه امامیه
۷۳. قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱، تهران: سمت.

۷۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشارات بهمن برنا.
۷۵. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). ضمان قهری و مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه تهران.
۷۶. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر یلدا.
۷۷. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشارات بهمن برنا. چاپ ۱۳، ص ۵۴۵.
۷۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). ایقاع (نظریه عمومی، ایقاع معین)، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان.
۷۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). دوره حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دهم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۸۰. کارزونی، علیرضا و اصغری، برات (۱۳۸۱). "آزمون کلاسیک تورم در ایران: روش همگرایی"، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۲۳.
۸۱. کوچایی‌زاده، کریم (۱۳۹۳). "بررسی خیار غبن از نگاه شیخ انصاری"، دوفصلنامه فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۸(۳۰)، صص ۶۱-۸۰.
۸۲. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۳.
۸۳. گلریز، حسن و علی ماجدی (۱۹۸۹). پول و بانک از تئوری تا سیاستگذاری، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، وزارت امور اقتصادی و دارایی، معاونت امور اقتصادی خردادماه (۱۳۸۱).
۸۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه بخش مدنی ۱، تهران، سمت، چاپ ۱۴، ص ۷۹.
۸۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت، چاپ ۱۴، ص ۳۶.
۸۶. محمدبن یعقوب، فیروزآبادی، قاموسالمحیط، بیروت، دارالفکر، بیتا، ص ۲۲۳.
۸۷. مرادی، خدیجه (۱۳۹۲). "تحلیل مبانی تعدیل قضایی در حقوق ایران و فقه امامیه"، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۴۶(۲)، صص ۳۲۱-۳۴۴.
۸۸. مقدری امیری، عباس و عسکری، حکمت‌اله (۱۳۹۴). "تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران"، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۱(۴۱)، صص ۱۶۲-۱۴۵.
۸۹. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۹۶). قواعد فقهیه، ج ۱، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، چاپ ۶.

۹۰. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۹۳). "مسئولیت مدنی و کیفری پزشک با تکیه بر آرای امام خمینی (س)", مجله حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، سال سوم، شماره ۹.
۹۱. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۹۸). قواعد فقهیه جلد اول انتشارات مجد، چاپ ۷، ص ۱۹۰.
۹۲. میرزا ابوالقاسم جیلانی (۱۳۸۱). جامع الشتات، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ص ۴۶۱.
۹۳. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱). محقق: رضوی، مرتضی، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، جلد ۳، تهران: کیهان.
۹۴. نائینی، میرزا حسین؛ خونساری، شیخ موسی، منیة الطالب، جلد دوم، تهران: چاپخانه حیدری، ۱۴۱۸، ص ۳۳.
۹۵. نجفی خوانساری، موسی (۱۳۷۹). منیة الطالب فی حاشیه المکاسب (تقریرات میرزای نائینی) قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، دفتر انتشارات اسلامی.
۹۶. نقی‌زاده باقی، پیام (۱۳۹۰). قوه قاهره و تاثیر آن بر مسئولیت، تعهد و قرارداد، تعالی حقوق، ۳(۱)، صص ۴۴-۲۷.
۹۷. نکویی، محمد (۱۳۸۶). کیفیت اعمال خیار غبن، مجله کانون، ۷۴، صص ۶۶-۷۸.
۹۸. نوری، محمدعلی (۱۳۷۸). اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹۹. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۶). آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد، مجله حقوقی بین‌المللی، ۲۱، صص ۱۶۲-۹۵.
۱۰۰. واثقی، محسن (۱۳۹۱). "بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران"، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۹، صص ۱۷۵-۱۳۷.
۱۰۱. یزدان فام، محمود (۱۳۸۷). "تحریم‌های بین‌المللی و امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران"، فصلنامه مطالعات راهبردی، ۹(۴).
۱۰۲. یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۵). "تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی"، مجله مقالات و بررسی‌ها، (۸۲)، صص ۱۴۰-۱۲۳.
103. Ahmadpour, Ayoub, (۲۰۰۵) Economic Hardship in Performance of Contract: A Comparative Study of English, American and German Law and CISG, the UNIDROIT Principle and PECL Aberdeen.

104. Kessedjian, Catherine. (2005). «Competing Approach to Force Majeure and Hardship», *International Review of Law and Economics*, vol ۲۵, issue ۳, September .
105. o.connor j.f.,good faith in English law ,Dartmouth publishing company ltd,Brookfield usa.1990.p.102.