

نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران (۲)

دکتر محمد حسن صادقی مقدم*

نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران به دنبال طرح این مسأله است که در صورت بروز حوادث و تغییر در اوضاع و احوال یک قرارداد و در نتیجه ضرر غیر متعارف و حرج شدید متعهد، آیا متعهد از انجام تعهد معاف است و یا در عین حال با توجه به اصل لزوم قراردادهای متعهد در هر شرایطی مکلف به انجام تعهد است.

به نظر می‌رسد با استفاده از قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر و همچنین نظریه شرط ضمنی بتوان در صورت تغییر بنیادی در اوضاع و احوال قرارداد و بروز حالت‌های فوق حکم به معافیت متعهد داد. در شماره (۱) مقاله قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر مورد بحث قرار گرفت. در این شماره ضمن تبیین نظریه شرط ضمنی آثار تغییر اوضاع و احوال قراردادهای در فقه مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بخش دوم

گفتار چهارم-نظریه شرط ضمنی

آنچه تاکنون بحث شد بر این مبنا استوار بود که برای اجرای عدالت اجتماعی و جلوگیری از ضرر ناروا، حکمی که مستلزم ورود ضرر ناروا و غیر متعارف است برداشته شده و از ورود هر گونه ضرر به دیگران، حتی در چارچوب اجرای تعهدات قراردادی ممانعت به عمل آید. اگر به دنبال حکومت اراده و پی بردن به مفاد تراضی باشیم باید از گفته‌ها و ناگفته‌های طرفین اظهارات صریح و یا نشانه‌ها و امارات ضمنی، پی به چارچوب دقیق تراضی طرفین، ببریم. اگر این مطلب را بپذیریم که هر قرارداد بر مبنای متعارف و برداشت و فهم عرفی از ارزش‌های حاکم منعقد شده است و متعهد با در نظر گرفتن اوضاع و احوال و شرایط حاکم بر زمان

عقد، ملتزم به انجام تعهد شده است، با تغییر اوضاع و احوال و دگرگونی ارزش‌های مذکور باید در نظر داشته باشیم که آنچه رخ داده متفاوت از چیزی است که در محاسبه و انتظارات طرفین بوده است. البته چنانچه تغییر اوضاع و احوال در هنگام عقد مورد انتظار بلکه حتمی باشد مانند تغییر قیمت‌ها در اقتصاد دارای تورم، این نیز مورد توجه طرفین خواهد بود.

متعاقدین هیچ‌گاه نمی‌توانند کلیه خواسته‌ها و تمایلات خود را از عقد و اوضاع و احوال حاکم بر آن در متن عقد بیاورند و نیازی نیز به ذکر همه آنها ندارند. فهم متعارف و برداشت عرفی از عقد و اوضاع و احوال آن، تعادل عوضین، سلامت مبیع، داخل در مبیع بودن یا نبودن چیزی، محدوده الزام متعاملین و بسیاری از موارد دیگر را روشن می‌کند. از این قبیل است الزامات تبعی در عقد معاوضه، پرداخت ثمن با پول رایج، محل تسلیم مبیع، هزینه‌های انجام تعهد، تشخیص عیب کالا، مخارج نگهداری مال عاریه و موارد عدیده‌ای که در فقه به عرف ارجاع داده شده است.

حال باید دید چنانچه با بروز حادثه‌ای غیر مترقبه، آنچه به طور متعارف جزو شرایط ضمنی و یا شرایط بنایی بوده است، دگرگون گردیده و تعادل و توازن قرارداد را به هم بزند، آیا با استناد به شرط ضمنی می‌توان التزام به عقد را مبتنی بر ثبات اوضاع و احوال زمان عقد دانست و با تغییر آن شرایط و اوضاع و احوال، پایه التزام به قرارداد را سست کرده و شانه از زیر بار آن خالی کرد؟ به عبارت دیگر با توجه به اینکه وضعیت حادث متفاوت از آن چیزی شده است که متعاقدین در نظر داشته‌اند و آنچه مورد توجه آنها بوده است، دگرگون گردیده است، می‌توان لزوم معامله را مخدوش کرده و حق فسخ برای کسی که در اثر تغییر و دگرگونی وضعیت متفاوت از زمان انعقاد عقد پیدا کرده است، قائل شد؟

علت طرح نظریه شرط ضمنی علاوه بر موارد قبلی این است که اگر بپذیریم بر مبنای شرط ضمنی تنها التزام متعاقدین به مفاد عقد وقتی ضروری است که اوضاع و احوال حاکم بر زمان عقد ثابت بماند، بدیهی است با تغییر اوضاع و احوال مذکور در حالیکه اجرای قرارداد برای متعهد مشکل گردد یا ضرری غیر متعارف به یکی از طرفین وارد شود، باید التزام به انجام تعهد را برداشت، زیرا آنچه مبنای توافق و

تراضی طرفین بوده است با تغییر اوضاع و احوال و دگرگونی در شرایط تحقق نیافته است. مباحث این گفتار را با توضیحی مختصر در مورد مفهوم و ماهیت شرط و نحوه قرارگرفتن شرط در عقد شروع و با مطالبی در مورد نظریه شرط ضمنی به عنوان مبنایی برای التزام متعاملین به شرایط متعارف و ارزش‌های حاکم زمان عقد و وجود حق فسخ و یا حداقل تعدیل شرایط قرارداد در صورت تغییر شرایط مذکور به پایان می‌بریم.

بند اول - مفهوم و ماهیت شرط

در این بند ابتدا در مورد معنای شرط و سپس در مورد نحوه قرارگرفتن شرط در عقد و بیان مقصود ما از شرط ضمنی سخن می‌گوییم.

۱- معنای شرط

واژه شرط در لغت دارای معانی عدیده‌ای است.^۱ از جمله این معانی «الزام و التزام» در بیع و مانند آن از عقود است.^۲ صرف نظر از معانی مختلفی که در کتب لغت و سایر منابع از شرط در دیده‌گاه اهل لغت، حکمت و اصول بیان شده است، آنچه از مفهوم شرط در تبیین حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» یا «المسلمون عند شروطهم»^۳ مورد توجه است، ظهور عرفی شرط است و آن به معنای الزام و التزام هر مؤمن و یا مسلمان به چیزی است که در ضمن یک عقد و یا خارج از آن آمده است.^۴

بدون ورود در شروط ابتدایی و لازم‌الوفاء بودن یا نبودن آنها^۵ باید گفت منظور ما از شرط، آن چیزی است که بر حسب طبیعت موضوع، التزام مستقلی نیست و

۱- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، تبریز، مطبعة الاداب، ۱۳۷۵ هـ.ق، ص ۲۷۵. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعة الاداب، ۱۳۸۹ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۲۲.

۲- ابن منظور، لسان العرب، بیروت، داراحیاء التراث، ۱۹۸۸ م، ج ۷ ص ۸۲.

۳- شیخ محمد بن الحسن الحر العاملی، وسایل الشیعه، بیروت، داراحیاء التراث، ۱۴۰۳ هـ.ق، ج ۱۲، صفحات ۳۵۳ و ۳۵۴.

۴- سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج ۲، ص ۲۲۳.

۵- برای دیدن توضیحات کافی در این باب مراجعه شود به شیخ مرتضی انصاری، همان کتاب، ص ۲۷۵. احمد نراقی،

عوائد الایام، قم، ۱۴۰۸ هـ.ق ص ۴۲. بجنوردی، همان کتاب، ص ۲۲۴.

ناچار باید در زمرهٔ توابع عقد دیگر باشد.^۶ از این قبیل است شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله باشد و یا شرطی که مربوط به زمان انجام تعهد است و همچنین تعادل عرفی عوضین و پذیرش اصل سلامت مبیع و نقد بودن ثمن. هرگاه قراردادی بر مبنای وضع متعارف و برداشت عرفی از اوضاع و احوال و ارزش‌های حاکم بر زمان عقد، قوانین حاکم، معادلات اقتصادی داخلی و خارجی، مورد توافق قرار گرفته باشد و با بروز حادثه‌ای غیر مترقبه، اوضاع و احوال مذکور تغییر کرده باشد و تغییر در ارزش‌های حاکم بر زمان عقد از قبیل قیمت کالاها و اجناس و سایر هزینه‌های خدماتی و غیره، بی‌ارزش شدن یا افزایش ارزش پول رایج،- خواه این تغییر در اثر دولت و ناشی از تصمیمات او باشد و یا ناشی از بروز حوادث غیر مترقبه دیگر باشد - تغییر قوانین و در نتیجه ایجاد دشواری و یا بالا بردن هزینهٔ انجام کار، به هم خوردن معادلات اقتصادی در اثر تحولات داخلی و خارجی و تأثیر تصمیمات دولت‌ها بر این تحولات یا دگرگونی در شرایطی که متعاملین با در نظر گرفتن آن شرایط قرارداد اصلی را منعقد کرده‌اند، التزام آنها به عقد متزلزل و این فکر را به وجود می‌آورد که اگر طرفین از حوادث آینده اطلاع داشتند، هرگز تن به انعقاد چنین قراردادی نمی‌دادند بخصوص که در اثر این تغییرات ضرر قابل توجه و یا دشواری غیر متعارفی به آنها تحمیل گردد. از این بیان معلوم می‌گردد که منظور از این شرایط، مواردی است که متعاقدین بر آن اساس عقد را منعقد کرده‌اند، خواه مذکور در متن عقد باشد و یا موجود در عرف، که در حکم ذکر در عقد است. با توجه به همین نکته ارتباط شرط را با عقد در یکی از حالت‌های زیر می‌توان در نظر گرفت.

۲- ارتباط شرط با عقد

شرط و یا التزام به معنای اعم سه قسم است:
الف) شروطی که در ضمن عقد لازم می‌آید و متعاقدین در متن عقد آنها را متذکر می‌شود. تردیدی نیست که این شرط که موضوع انشای عقد قرار می‌گیرند، برای

متعاقدین لازم الوفاء است و حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» این قسم را شامل است.^۷

ب) هیچ رابطه‌ای بین عقد و شرط نیست. به این معناکه بدون اینکه عقدی در بین باشد و یا حتی در صورت وجود عقد، ارتباطی بین آنها باشد، التزاماتی ابتدایی و مستقل به وجود می‌آید. این قسم از شروط که در لازم الوفا بودن یا نبودن آنها بین فقها اختلاف است از بحث ما خارج است.^۸

ج) شروطی که عقد بر مبنای آنها واقع می‌شود. بین متعاملین توافق و تبانی بر روی شروط مذکور وجود دارد و متبادر عرفی از عقد این است که شرط - ولو در متن انشای عقد ذکر از آن به میان نیامده باشد - نیز لازم الوفا است.^۹

در لازم الوفا بودن این شرط که در اصطلاح آن را «شرط بنایی» یا «شرط تبانی» می‌نامند بین فقها اختلاف نظر است و ما در بند بعد به بررسی این دیدگاه‌ها پرداخته و در نهایت، با استدلال به نظریه شرط ضمنی، تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قراردادها را در فقه مورد بحث قرار می‌دهیم.

بند دوم - شرط ضمنی و تغییر اوضاع و احوال

در این قسمت از بحث به بررسی نظر فقها در مورد «شرط ابتدایی» بخصوص زمانی که از نظر عرف شرط مذکور از شرایط ضمنی و در حکم مذکور در عقد است، می‌پردازیم.

نظر مشهور فقهای امامیه چنین شرطی را الزام‌آور نمی‌دانند. مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) در کتاب مکاسب می‌فرماید:

«یکی از موجبات التزام به شرط این است که التزام به آن در متن عقد صورت گرفته باشد. بنابراین اگر متعاقدین قبل از عقد نسبت به شرطی توافق کنند، بنابر فتوای مشهور، این امر در التزام مشروط کفایت نمی‌کند و اختلاقی در این مسأله دیده نشده است، مگر مطلبی که از ظاهر کتاب

۷- سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج ۳، ص ۲۵۱.

۸- همان، ص ۲۵۱.

۹- همان، ص ۲۵۲.

خلاف شیخ طوسی و کتاب مختلف علامه بر می‌آید.^{۱۰}

مرحوم شیخ در جای دیگر می‌فرماید:

«بلی، ممکن است گفته شود هنگامی که طرفین بدون ذکر شرط در متن عقد، توافق بر شرطی کنند، این شرط در واقع قید معنوی عقد است. پس وفای به عقد خاص جز با عمل به آن شرط ممکن نیست و در چنین عقدی بودن آن شرط معامله‌ای خارج از تراضی طرفین خواهد بود، زیرا تراضی و توافق طرفین مقید به آن شرط بوده است.... به علاوه آنچه از عموم «المؤمنون عند شروطهم» خارج شده، تنها شروطی است که عقد مبتنی بر آن نبوده است. بنابراین عموم این دلایل شامل مسأله مورد بحث که دو طرف در خارج از متن عقد بر آن شرط توافق کرده‌اند، نیز خواهد بود. هرچند که در متن عقد به آن تصریح نشده باشد.»^{۱۱}

نظر مشهور فقهای امامیه - همانطور که گفته شد - بر این است که تأثیر شرط تنها در صورتی است که شرط در متن عقد ذکر شود. بنابراین؛ اگر متعاقدین شرط را قبل از عقد ذکر کنند فایده‌ای بر آن مترتب نیست، زیرا دلیلی بر وجوب وفای به چنین شرطی نیست. شیخ طوسی و قاضی، تأثیر شرط مقدم بر عقد را - اگر چه در متن عقد ذکر نشده است - پذیرفته‌اند. به این دلیل که مانعی برای چنین شرطی نیست و اصل آن است که چنین شرطی جایز باشد و عموم اخباری که در باب شروط وارد شده است چنین شرطی را هم شامل می‌شود.^{۱۲}

مرحوم شیخ انصاری و جمع دیگری از فقها نظر به عدم تأثیر شروطی داده‌اند که در متن عقد ذکر نشده‌باشد، چون صرف شرط سابق بر عقد، الزام آور نیست و صرفاً وعده به التزام بوده است.^{۱۳} اما در صحت و التزام به شرط مقدر یا ضمنی که

۱۰- شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۲۸۲.

۱۱- همان، ص ۲۸۲.

۱۲- همان، ص ۲۲۱.

۱۳- میر فلاح، عنارین بی جا، بی تا، ص ۲۶. علامه بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۵۲ و ۲۵۴. احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۴۶. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان ج ۲، ص ۱۱۸. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۲۶.

بر حسب قرائن در عقد وجود دارد، تردیدی نکرده‌اند.^{۱۴}

بعضی دیگر از فقها راهی میانه برگزیده‌اند و اظهار نظر کرده‌اند که شرط تبانی در صورتی که عقد به حکم عرف دلالت بر آن کند و مانند تعادل عرفی بین دو عوض و سلامت مبیع و نقد بودن ثمن، در شمار «شروط ضمنی» در آید و یا از اموری باشد که صحت عقد منوط بر آن است، مانند معلوم بودن وصف در عوض و از این لحاظ «بنای نوعی» محسوب شود الزام آور است و تخلف از آن موجب خیار فسخ می‌گردد اما اگر شرط مربوط به وصفی است که توجه به آن در اعتبار عقد اثری ندارد یا از انگیزه‌های شخصی انجام معامله است، تبانی دو طرف بدون ذکر صریح یا ضمنی آن در عقد بیع اثری ندارد.^{۱۵}

علاوه بر نظریات فوق، بعضی دیگر از فقها تبانی درباره شرط را در حکم ذکر در متن عقد می‌دانند و مانند شروط ضمنی تلفی می‌کنند و در ردیف مواردی از قبیل لزوم تسلیم عوضین و یا نقد بودن ثمن می‌دانند، زیرا شروط ضمنی مدلول التزامی عقد است، بنابراین تعهد به چنین شرایطی مورد تأیید عرف است. از طرف دیگر چنانچه عقدی مبتنی بر شرایطی متعارف منعقد شده باشد، عمل به مفاد عقد جز با عمل به مفاد شرط امکان‌پذیر نیست و شرط جزئی از مبنای تراضی طرفین محسوب می‌شده است و بدون عمل به این شرط التزام به مفاد عقد تحقق نمی‌یابد.^{۱۶}

اکنون که با بیان نظر فقها در مورد شرط ضمنی معلوم گردید که آنچه از اوضاع و احوال حاکم بر عقد و یا از دلالت عرف، داخل در تراضی طرفین است و به عبارت دیگر جزو «شروط ضمنی» محسوب می‌شود، لازم الوفا است، باید دید آیا ثبات اوضاع و احوال حاکم بر عقد نیز از دلالت عرف مستفاد می‌گردد؟ به بیان روشن‌تر برای استفاده از نظریه «شروط ضمنی» در اثبات نظریه «تغییر اوضاع و احوال» دو امر باید ثابت شود:

(۱) نه تنها اموری که در متن عقد به آن تصریح شده است، لازم الوفا است بلکه

۱۴- شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۲۲۱.

۱۵- میرزا حسین نایینی و شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب، نجف اشرف، مطبقة المرتضویه، ۱۳۷۵ هـ ق ج ۱، ص ۴۰۷ و ج ۲، ص ۱۲۲ تا ۱۲۵.

۱۶- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶ هـ ق، ج ۲۴، ص ۱۹۸. احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۴۶.

اموری که عرفاً لازمه یک قرارداد است و با استنباط از اوضاع و احوال و قرائن و امارات در چار چوب تراضی طرفین می‌گنجد نیز لازم الرعایه است.

۲) عدم وقوع تغییرات بنیادی در اوضاع و احوال حاکم بر عقد، مورد توافق ضمنی طرفین برای التزام به مفاد عقد به شمار می‌آید. از بیان نظریات فقها لازم الرعایه بودن شروط ضمنی که مبنای تراضی طرفین بوده است ثابت گردید و اثبات امر دوم هم چندان دشوار نیست. در اینجا است که با کمک گرفتن از عرف تجاری، تعهدات قراردادی، اوضاع و احوال حاکم، قرائن و شواهد، میزان ضرری که هر یک از طرفین از وقوع تغییرات بنیادی و اساسی متحمل می‌شوند باید ثابت کرد که طرفین در صورتی بنای التزام به مفاد چنین قراردادی را داشته‌اند که ارزش‌های زمان عقد با تغییرات بنیادی دچار دگرگونی نشده باشد و از این جهت ضرر و یا حرجی متوجه متعهد نگردد.

برای روشن تر شدن زوایای بحث مثال‌هایی آورده می‌شود تا هم برداشت عرفی از عدم وقوع تغییرات روشن شود و هم مشروعیت عدم التزام به چنین قراردادی منطقی و موافق با اصول جلوه نماید.

الف) پیمانکاری برای ساختن سدی با وزارت نیرو قراردادی منعقد می‌نماید تا در طول ۱۵ سال و پس از انجام مطالعات به این کار مبادرت ورزد. پیمانکار مذکور هزینه ساخت سد را با توجه به نرخ متعارف، نرخ تورم سالیانه و درصدی برای افزایش‌های احتمالی و در حد انتظار، از مواد اولیه تا هزینه‌های دیگر محاسبه و پیمان را منعقد می‌نماید. پس از گذشت ۵ سال و انجام مراحل مقدماتی و شروع عملیات اجرایی در اثر بروز جنگی در یکی از مرزهای کشور، هزینه سیمان، آهن، خدمات، مزد کارگر به طور متوسط ۵ برابر می‌گردد و در اثر این تحولات اجرای قرارداد برای وی دشوار و مواجهه با ضرری گزاف و ناروا گردیده و متعهد را در شرایط ضیق و حرج و مشقت قرار می‌دهد. تردیدی نیست که پیمانکار با در نظر گرفتن کلیه جوانب و افزایش متعارف قیمت‌ها تن به چنین قراردادی داده است و این فرض اساسی و بنیادی برای وی به طور ضمنی معلوم بوده است که اگر اوضاع و احوال قیمت‌ها در حد متعارف تغییر نماید وی ملتزم به مفاد قرارداد است اما اگر با بروز حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی و دور از انتظار قیمت‌ها به طور غیر مترقبه‌ای

افزایش یابد که جز با ورشکستگی و از دست دادن کلیه توان مالی انجام تعهد برایش ممکن نیست، آیا باز هم باید وی را ملتزم به عقد و آثار آن بدانیم؟ درست است که هریک از طرفین قرارداد که به هدف کسب سود دست به انعقاد قرارداد می‌زنند باید منتظر ضررهای احتمالی نیز باشند اما ضرری متعارف و در حد انتظار نه ضرری گزاف و ناروا که طی قرارداد اصولاً ملتزم به تحمل چنین ضرری نشده‌اند. ب) کشوری استخراج از معدن مس خود را برای مدت ۵۰ سال به یک شرکت خارجی واگذار می‌کند. در اثر تحولات اقتصادی و صنعتی شدن منطقه و بروز حوادث غیر مترقبه دیگر قیمت سنگ معدن مس ۵۰ برابر افزایش می‌یابد و به همین نسبت سایر نیازمندی‌های کشور گران می‌شود و از این جهت ضرر فاحشی متوجه منافع کشور مذکور می‌گردد، در حالی که استخراج سنگ معدن برای شرکت خارجی تقریباً مجانی تمام می‌شود. آیا متعاقدين با این فرض قرارداد را منعقد نکرده‌اند که تعادلی متعارف بین عوضین وجود داشته باشد. اگر این تعادل در اثر بروز حوادثی و دور از انتظار و خارج از محاسبه طرفین به هم خورد آیا برای متضرر راهی برای خروج از شرایط ضرری و غیر متعارف وجود دارد؟

عرف هیچگاه در ناروا بودن ضرر وارده به پیمانکار در مثال اول و به کشور صاحب معدن در مثال دوم تردید نمی‌کند و ثبات اوضاع و احوال زمان عقد را از شرایط متعارفی می‌داند که طرفین هنگام انعقاد عقد «به طور ضمنی» به آن ملتزم بوده‌اند. اکنون با تغییر اوضاع و احوال و عدم تحقق شرط مذکور، این حق برای طرفی که از این وضعیت متضرر می‌گردد وجود دارد که با انتخاب راه حل فسخ و یا حداقل تعدیل خود را از زیر بار ضرر ناروا برهاند.

بدیهی بودن ثبات ارزش‌های زمان عقد و عدم التزام به عقد در صورت تغییر این ارزش‌ها باعث شده‌است که در پیمان‌ها شرطی گنجانده شود که چنانچه در اثر عوامل مختلف قیمت‌ها تغییر کرد، سالانه در صدی به مبلغ قرارداد افزوده شود. این موضوع تحت عنوان «شرط تعدیل قرارداد» معروف است.^{۱۷} در این باره در ادامه مقاله تحت عنوان تغییر اوضاع و احوال در حقوق ایران بحث می‌شود.

آنچه ما را در روشن کردن مدلول التزامی الفاظ قرارداد کمک می‌کند در درجه اول عرف و پس از آن عقل و قانون است. چنانچه در پرداخت مالیات توسط مالک هنگام فروش و انتقال، تردیدی وجود داشته باشد، قرارداد مربوطه به تعهد به انتقال حاوی این «شرط ضمنی» است که متعهد، مالیات ملک را بپردازد و در دفتر اسناد رسمی حضور یابد و دفاتر را امضا کند. همچنین در مورد تعمیرات جزئی عین مستأجره این «شرط ضمنی» وجود دارد که مالک عین مستأجره را در اختیار مستأجر قرار دهد و مستأجر تعمیرات جزئی عین مستأجره را به عهده گیرد.^{۱۸} با وجود این، قانونگذار شرط ضمنی مذکور را؛ یعنی انجام تعمیرات توسط مستأجر را به صورت ماده‌ای قانونی در آورده است. ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۶۲ چنین مقرر می‌دارد:

«تعمیرات کلی و اساسی مورد اجاره که مربوط به اصل بنا با تأسیسات عمده منصوبه در آن از قبیل دستگاه‌های حرارت مرکزی و تهویه و آسانسور باشد به عهده موجر است و تعمیرات جزئی و همچنین تزئین و تعمیری که مربوط به استفاده بهتر از مورد اجاره باشد با مستأجر خواهد بود. مگر آنکه در قرارداد به صورت دیگری شرط شده باشد.»^{۱۹}

در پایان این گفتار نتیجه می‌گیریم که:

- ۱) علاوه بر اموری که در متن عقد به آن تصریح شده است، اموری که عرفاً لازمه یک قرارداد است و با استنباط از اوضاع و احوال و قرائن و شواهد در چار چوب تراضی طرفین می‌گنجد و به عنوان «شرط ضمنی» تلقی می‌گردد، لازم الوفا است.
- ۲) عدم وقوع تغییرات بنیادی در اوضاع و احوال حاکم بر عقد، مورد توافق ضمنی طرفین برای التزام به مفاد عقد به شمار می‌آید.
- ۳) نظریه شرط ضمنی به عنوان اساس نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه مورد پذیرش است. به این معنا که اگر اوضاع و احوال متعارف زمان عقد در اثر بروز حوادث پیش‌بینی شده دگرگون شده و اجرای عقد را مشکل و یا ضرری سازد، با توجه به اینکه شرط پذیرش قرارداد، ثبات اوضاع و احوال زمان عقد بوده است، متعهد می‌تواند به استناد این شرط ضمنی قرارداد را فسخ نماید.

۱۸- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۳۰.

۱۹- فرج الله قربانی، مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۶۷، ص ۱۰۵۶.

مبحث دوم

آثار تغییر اوضاع و احوال بر قراردادها در فقه

چنانچه بپذیریم که نظریه تغییر اوضاع و احوال و دشواری اجرای قرارداد و همچنین اجرای تعهد دارای جایگاهی در حقوق اسلام است، باید میزان تأثیر تغییرات و دگرگونی‌ها بر عقود را با پاسخ به این سؤالات مشخص کنیم. آیا راه حل جبران ضرر ناروانشی از تغییر در اوضاع و احوال، فسخ قرارداد ضرری است؟ آیا متعهد که در شرایط حرج و مشقت قرار گرفته است می‌تواند از ادامه انجام تعهد سرباز زند؟ آیا باید حکم به انحلال چنین قراردادی داد؟ یا تنها با تعدیل روابط قراردادی و ایجاد توازن، قرارداد به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد.

این نکته را نباید از نظر دور داشت که هدف از انعقاد هر قراردادی، بهره‌مندی از آثاری است که از قرارداد ناشی می‌شود. هر یک از طرفین با انعقاد قرارداد قصد و تمایل خود را برای ایجاد رابطه حقوقی ابراز داشته و به دنبال منافعی هستند که قرارداد را به آن منظور منعقد ساخته‌اند.

پیام مهم اصل لزوم، اجرای مفاد عقد است، اعم از اینکه تملیک باشد یا ایجاد تعهد و یا دادن اذن و این به سرانجام نمی‌رسد مگر اینکه متعاقدین از نقض قرارداد اجتناب کنند. از طرف دیگر متعاقدین می‌دانند که برای رسیدن به مقاصدی که قرارداد را برای دستیابی به آن منعقد کرده‌اند، باید در حفظ آن بکوشند. اراده هر یک از متعاملین به تنهایی نمی‌تواند بنای محکمی را که از توافق دو اراده بنا شده است متزلزل و یا ویران سازد و هر گاه در این امر تردیدی بروز کند و بحث از ایجاد تزلزل در آثار ناشی از عقد باشد با استصحاب بقای آثار ایجاد شده باید حکم به لزوم قرارداد داده و در انتظار دلیلی قانونی برای فسخ باشیم.

روابط قراردادی به ویژه در قراردادهای مستمر که طرفین برای حصول نتایج نهایی قرارداد، زمانی طولانی را باید به انتظار بنشینند و اگر در یک قرارداد به دلایل مختلف همه انتظارات آنها برآورده نشد، برای ایجاد حسن نیت و تداوم آن حتی با پذیرش ضروری قابل تحمل، به امید جبران آن در قراردادهای بعدی خواهند بود. قراردادهای استخراج معدن، ایجاد تأسیسات زیر بنایی، قراردادهای ساخت و انتقال تکنولوژی و بخصوص سرمایه‌گذاری‌های مشترک بر همین اصل ادامه روابط

قراردادی و انتظارات مستمر استوار است اما سخن از این قراردادها، تحمل ضرری متعارف برای رسیدن به سودی مستمر و محتمل الوقوع است و اگر این سود دست نیافتنی بود و انتظارات، با توجه به حوادث مختلف در معرض تهدیدات واقع شد و حتی به جای سود ضرری جبران ناپذیر بر یکی از طرفین وارد آمد، دیگر نباید به مقدمات فوق الذکر دل خوش کنیم، بلکه باید به دنبال راه حلی برای جبران ضرر ناروا باشیم. قطعاً تداوم روابط قراردادی جز تحمل ضرر توسط یکی به نفع دیگری، اثری به بار نخواهد داشت و اگر نخواهیم به اصل ادامه اعتبار روابط قراردادی که عرف مسلم معاملات به حساب می‌آید خدشه‌ای وارد بشود، باید به دنبال جلوگیری از ضرر ناروا از طریق اصلاح روابط قراردادی و ایجاد توازن و تعادل مجدد باشیم.

بر حسب میزان تأثیری که تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد می‌گذارد می‌توانیم مسایل این مبحث را دنبال کنیم. دگرگونی در اوضاع و احوال عقد یا به صورت دائمی است و یا به صورت گذرا و موقت. چنانچه تغییر در اوضاع و احوال اجرای قرارداد را به طور موقت با مشکل و یا ضرر مواجه سازد، با تعلیق اجرای تعهد، تا رفع وضعیت حادث و بادر نظر گرفتن وضعیت طرف مقابل، احتمال بروز ضرر و یا دشواری از بین می‌رود اما اگر وضعیت حادث دائمی بوده و یا با توجه به شرایط قرارداد و حوادث غیر مترقبه در یک مدت معقول و متعارف احتمال برطرف شدن وضعیت مذکور داده نشود، برای جبران ضرر و یا بر طرف نمودن حرج و مشقت باید به دنبال راه حل دیگری بود. پس بر حسب موارد مذکور صورت‌های زیر قابل طرح است:

گفتار اول - تعلیق اجرای تعهد

گفتار دوم - انحلال قرارداد

گفتار اول - تعلیق اجرای تعهد

چنانچه اوضاع و احوال حاکم بر زمان عقد دچار دگرگونی بنیادی شده و اجرای قرارداد را برای مدتی با دشواری و یا ضرر مواجه سازد، اجرای قرارداد موقتاً معلق

شده تا مدت مذکور سپری و حالت‌های ایجاد شده بر طرف گردد. الزام متعاقدین به اجرای مفاد عقد به آنها اجازه فسخ قرار داد رانمی‌دهد، زیرا تزلزل در معاملات، نظم منطقی معاملات و انتظارات طرفین از عقد را بر هم زده و ثبات را از بین می‌برد. عدم اجرای روابط قراردادی جز از راه انحلال بر مبنای تراضی دو طرف؛ یعنی اقاله و فسخ عقد به حکم قانون امکان‌پذیر نیست و طرفین باید به مفاد قرارداد عمل کنند. حال اگر بر اثر بروز حوادث غیر مترقبه اجرای قرارداد مشکل شود، به حدی که الزام متعهد به انجام آن موجب عسر و حرج گردد و این حالت موقتی باشد، اجرای قرارداد به حالت تعلیق در آمده و تارفع حالت فوق‌العاده، عملیات اجرایی متوقف می‌ماند. ضابطه موقت بودن حالت فوق‌العاده بسته به نظر عرف است. اگر به طور متعارف مدتی معقول در عملیات اجرایی توقف حاصل گردد و از این باب ضرری متوجه طرف مقابل نشود می‌توان حکم به تعلیق اجرای قرارداد کرد و الاحکم مذکور ضرری تلقی شده و دلیلی بر اجرای آن نیست، بلکه دلیل بر نفی چنین حکم ضرری وجود دارد. به عنوان مثال اگر پیمانکاری طی یک قرارداد پیمانکاری، تعهد به ساخت ساختمانی نماید و در اثنای انجام تعهد با بروز حادثه‌ای دگرگون کننده، اوضاع و احوال زمان عقد تغییر یابد و قیمت مصالح ساختمانی بالا رود به نحوی که اجرای قرارداد برای پیمانکار موجب ضرر جبران ناپذیری شود و از طرف دیگر با برنامه‌ریزی دولت در جهت وارد کردن مصالح و ملزومات ساختمان وضعیت مذکور کاملاً موقتی و گذرا باشد، با معلق شدن اجرای تعهد تا تنزل قیمت‌ها و رفع کمبودها جلوی ضرر گرفته خواهد شد.

این در صورتی است که اجرای تعهد برای متعهدله در تاریخ معینی مورد توجه نباشد و تأخیر در عملیات اجرایی باعث ضرر وی نشود ولیکن اگر اجرای تعهد برای متعهد در وقت معینی مورد نظر باشد و یا تأخیر موجب ضرر وی شود، بدون پرداخت خسارت به متعهدله نمی‌توان به تعلیق در اجرای تعهد حکم کرد. به نظر می‌رسد حکم به تعلیق اجرای قرارداد در هر حال بسته به رضایت متعهدله است که در این باره با متعهد به توافق می‌رسد و اجرای قرارداد را با تأخیر می‌پذیرد. متعهد با در نظر گرفتن اوضاع و احوال حاکم و شرایط حادث و دشواری اجرای قرارداد و شرایط جدید به تحلیل این وضعیت پرداخته و به یکی از دو امر؛ یعنی پذیرش

اجرای تعهد توسط متعهد با تأخیر و یا انحلال قرارداد که در این حالت اثر طبیعی عقد است، رضایت می‌دهد.

فرض دیگری که می‌توان تصور کرد این است که اگر متعهدله تعلیق در اجرای تعهد را با شرایط جدید به ضرر خود دید و از طرف دیگر تمایلی به انحلال قرارداد نداشت، راه حل تجدید نظر و اصلاح قرارداد را در پیش می‌گیرد. این راه حل اولاً بر مبنای ادامه قرارداد سابق است، ثانیاً پیشنهاد شرایط جدید در جهت تعدیل و توازن در رابطه قرارداد است.^{۲۰} از این طریق، هم جبران ضرر متعهد و رفع مشقت از وی می‌شود و هم متعهدله به خواسته خود؛ یعنی اجرای قرارداد بدون تأخیر می‌رسد. شرایط پیشنهاد تجدید نظر باید به نحوی باشد که مورد قبول متعهد قرار گیرد و تعدیل‌کننده روابط قراردادی باشد. مثلاً اگر حوادث غیر مترقبه افزایش قابل ملاحظه‌ای را به وجود آورده باشد و متعهدله پیشنهاد ترمیم قیمت قرارداد و افزایش تا سقف متعادلی را ارائه نماید، باید مورد پذیرش متعهد واقع شود. نکته مهم این است که با مشکل شدن اجرای تعهد و یا ضرری شدن آن - اگر این وضعیت موقتی باشد - سبب تعلیق اجرای قرارداد، ایجاد شده و الزام او در مدت وضعیت حادث که امری حرجی و ضرری است، مرتفع گردیده است. با رفع شرایط حادث مجدداً الزامات قراردادی به جریان افتاده و متعهد را ملزم به اجرای تعهد می‌کند، به شرط آنکه اجرای قرارداد بعد از مدت مذکور فایده خود را حفظ کرده باشد. تشخیص اینکه آیا بعد از انقضای مدت تعلیق، قرارداد فایده خود را حفظ کرده و اجرا یا عدم اجرای آن با اراده طرفین سازگار است یا خیر، بسته به نظر دادگاه است. در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که ماهیت قرارداد به کلی دگرگون شده و اجرای آن چیزی متفاوت از اراده مشترک طرفین در زمان وقوع عقد است حکم به انحلال آن خواهد داد.^{۲۱}

به نظر می‌رسد برای تعلیق در اجرای تعهد در صورت بروز حوادث غیر مترقبه و مشکل شدن موقتی اجراء، شرایط ذیل لازم است:

۲۰- عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، بیروت، دار احیاء التراث، بی تا، ج ۱، ص ۶۴۷.

۲۱- سید حسین صفایی، قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳، سال ۶۴،

۱) اجرای تعهد مشکل شده باشد و یا موجب بروز ضرری نا متعارف برای متعهد باشد. این شرط عام و کلی نظریه تغییر اوضاع و احوال است و برای تعلیق یا قسح قرارداد امر لازمی است. چنانچه بروز حوادث عام و غیر مترقبه با کلیه شرایط موجب تعسر در اجرای قرارداد گردیده و اجرای آن را برای متعهد دشوار کرده و با عسر و حرج همراه سازد و یا الزام به انجام تعهد امری ضرری شده باشد، تغییر اوضاع و احوال مذکور می تواند به عنوان سبب برای تعلیق اجرا تعهد به حساب آید اما اگر دگرگونی در شرایط آنچنان تأثیری در عقد و اجرای مفاد آن نداشته باشد با تمسک به قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر، نمی توان حکم به تعلیق اجرای تعهد تارفع موجبات تغییر دهنده کرد.

۲) تغییر اوضاع و احوال زمان عقد، حالت موقت داشته باشد. موقت بودن حالت مذکور بستگی به وضعیت متعهد، شرایط قرارداد و آثار مربوط به آن دارد و این عرف است که نسبت به هر مورد و با در نظر گرفتن کلیه جوانب حکم متعارف را صادر می کند. از طرف دیگر موقت بودن شرایط حادث، امری نسبی است و نسبت به هر قرارداد و با توجه به شرایط متعهد و متعهدله متفاوت است.

۳) اجرای قرارداد پس از رفع شرایط دگرگون کننده مفید باشد. ضابطه تشخیص شرایط مذکور این است که اجرای مفاد عقد و زمان اجرای آن به نحو وحدت مطلوب بوده است یا به نحو تعدد نیز مورد نیاز متعهد است. مثلاً اگر حمل کالایی از منطقه ای به منطقه دیگر به دلیل برف و کولاک غیر منتظره ای دشوار شده باشد و یا حمل آن جز با تحمل هزینه ای مضاعف امکان پذیر نباشد، عسر و حرج مذکور و یا ضرری شدن اجرای تعهد موجب تعلیق اجرای تعهد تا رفع حالت فوق العاده مذکور، می گردد. حال اگر بعد از مرتفع شدن حالت استثنایی باز هم حمل کالا به منطقه مذکور مطلوب متعهدله باشد و تأخیر در اجرا موجب ضرر برای وی نباشد پس از رفع حالت مذکور تعهد اجرا می شود ولی اگر بعد از حالت استثنایی مذکور دیگر اجرای تعهد برای وی مفید نباشد، تعلیق مذکور منجر به انحلال قرارداد می گردد. مرجع تشخیص انحلال قرارداد، دادگاه است که حسب مورد و پس از رسیدگی و استماع دلایل طرفین مبادرت به صدور حکم خواهد کرد. به عنوان مثال قراردادی در خصوص لوله کشی آب روستاهای مرزی تنظیم شده است. وضعیتی را

در نظر می‌گیریم که پس از جنگ چند روزه‌ای بین این دو کشور حادث شده باشد، با این فرض که اجرای تعهد برای متعهد غیر ممکن نشده و حتی در طول جنگ نیز امکان عملی و فیزیکی اجرای تعهد برای انجام تعهد وجود داشته باشد اما خوف ناشی از جنگ و خطرات و زیان‌های ملی موجب مشکل شدن اجرای تعهد و یا ضرری شدن آن موجب تعلیق اجرای تعهد تا رفع حالت استثنایی مذکور شده است. حال اگر پس از رفع حالت استثنایی مذکور و رفع دشواری‌ها و ضررهای احتمالی، دولت تصمیم به تخلیه روستاهای مرزی به منظور ایجاد کمربند امنیتی در کنار مرزها نماید اجرای تعهد بعد از رفع حالت غیر مترقبه مفید نبوده و حکم به انحلال چنین قراردادی داده خواهد شد.

گرچه در متون فقهی از تعسر در اجرای تعهد مطالبی آماده است اما فقها متعرض فرض مورد نظر ما؛ یعنی تعسر موقتی اجرای تعهد نشده‌اند. ممکن است چنین تلقی شود که غیر ممکن شدن موقتی اجرای قرارداد و یا مشکل شدن اجرای قرارداد به طور موقت از دید فقهای عظام صدق غیر ممکن شدن و یا تعسر نداشته و در مورد تعهدی که پس از مدتی توقف در اجرا، حصول به نتیجه میسر باشد در حکم امکان و یا وسع باشد. در هر حال همانطور که گفته شد به نظر می‌رسد که اگر تأخیر در اجرای تعهد به سبب مشکل شدن موقتی آن باشد و اجرای آن پس از رفع حالت استثنایی بدون مشکل میسر و در عین حال مفید باشد، اجرای قرارداد به طور موقت متوقف شده و پس از برطرف شدن حالت غیر مترقبه به جریان می‌افتد و اگر تأخیر در اجرا موجب ضرر متعهدله شود و یا بی‌فایده باشد، اکنون دیگر اوست که می‌تواند قرارداد را فسخ نماید.

پس از بررسی دشواری موقتی که موجب تعلیق در اجرای تعهد گردید، به موردی خواهیم پرداخت که دشواری و ضرر موقتی نبوده و امید رفع آن در یک مدت معقول و متعارف نمی‌رود. در این حالت راه جبران ضرر، فسخ یا انحلال رابطه قراردادی است.

گفتار دوم - انحلال قرارداد

مسائل این گفتار را در دو بند ذیل متناسب با وضعیت‌هایی که در صورت تعسر اجرای تعهد به وجود می‌آید بررسی می‌کنیم:

بند اول - انحلال قرارداد

بند دوم - ایجاد حق فسخ برای یکی از طرفین

بند اول - انحلال قرارداد

همانگونه که در مبحث قبل در خصوص نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه بیان شد، گاهی حالت استثنایی ایجاد شده در اثر بروز حوادث غیر مترقبه قرار دارد را منحل و ادامه رابطه قراردادی را دچار اختلال می‌کند و در بعضی صور اختیار فسخ برای یکی از طرفین ایجاد می‌گردد و طرف مذکور بین ادامه قرارداد با دشواری و ضرر و یا فسخ می‌تواند یکی را انتخاب کند.

فقها در مورد قرارداد حفر چاهی که به دلیل صعوبت و دشواری در اثر مواجه شدن طرف قرارداد با سنگی که بیرون آوردن آن موجب ضرر و حرج برای وی می‌باشد، حکم به انحلال قرارداد نموده‌اند و متعهد را از ادامه انجام قرارداد معاف دانسته‌اند.^{۲۲} مرحوم صاحب جواهر (ره) در شرح «شرایع الاسلام» در مورد کسی که برای حفر چاه اجیر شده است و پس از حفر قسمتی از چاه به خاطر سختی زمین و یا مرض دچار عسر و حرج می‌شود حکم به انحلال قرارداد و یا ایجاد حق فسخ برای طرفی که در تعسر و ضرر قرار گرفته است، می‌دهد.^{۲۳} همچنین صاحب «مفتاح الکرامه» در شرح قواعد علامه، در صورت مشقت و حرج برای متعهد حکم به عدم الزام متعهد می‌دهد و در ذیل بیان علامه (ره) می‌فرماید:

«مقصود علامه (ره) مشقت و عسر است نه تعذر و عدم امکان اجرای تعهد».^{۲۴}

آنچه پس از حکم به انحلال قرارداد در صورت تعسر اجرای تعهد و یا ضرری شدن اجرای تعهد مهم است، کیفیت محاسبه میزان کاری است که متعهد انجام داده است و این همان چیزی است که در حقوق انگلیس پس از سال‌ها که از طرح نظریه انتفای قرارداد و یا عقیم شدن قرارداد می‌گذشت، در مورد میزان کاری که هر

۲۲- شیخ محمد حسن نجفی، همان، ج ۲۷، ص ۲۹۱. همچنین ر.ک به: سید محمد جواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۱۸۷.

۲۳- شیخ محمد حسن نجفی، همان، ج ۲۷، ص ۲۹۱.

۲۴- شیخ محمد جواد الحسینی العاملی، همان ص ۱۸۷.

یک از طرفین قرارداد انجام داده‌اند، قانونگذار انگلیسی را وادار به تصویب قانون ۱۹۴۳ در مورد محاسبه تعهدات انجام گرفته و تسویه حساب قراردادی نمود.^{۲۵}

فقه‌های عظام در مورد محاسبه میزان کار انجام گرفته عقیده دارند که باید میزان کار انجام گرفته و نسبت آن را به بقیه کاری که باید صورت بگیرد محاسبه و به همان نسبت از مبلغ قرارداد به متعهد بابت کاری که تا بروز حادثه دشوار کننده انجام داده است، پرداخت شود.^{۲۶} در همین مورد باید گفت که چنانچه نوع کار انجام گرفته از حیث شدت و ضعف با آنچه باقی مانده است برابر باشد، محاسبه ساده‌تر است و کافی است درصد کار انجام گرفته، نسبت به کل کار محاسبه و از مبلغ قرارداد به همان نسبت پرداخت شود. به عنوان مثال اگر قرارداد برای حفر چاه باشد، چون حفر چاه در ابتدای حفر ساده‌تر از حفر در عمق است و زمان کمتری را به خود اختصاص می‌دهد، نسبت مذکور را بر حسب فرمول اول محاسبه می‌کنیم اما اگر قسمت اول قرارداد با قسمت دوم از حیث صعوبت و دشواری مساوی باشد و پنجاه درصد کار صورت گرفته باشد به همین میزان اجرت و یا مبلغ قرارداد پرداخت خواهد شد.^{۲۷}

در یک قرارداد پیمانکاری، با عجز پیمانکار از ادامه عملیات اجرایی به خاطر دشواری و یا ضرر در صورتی که منجر به تعدیل قرارداد نشود و حکم به انحلال قرارداد نمودیم، باید میزان کار انجام گرفته را با ارجاع امر به کارشناس محاسبه و نسبت آن را به کار باقی مانده (که آن هم با نظر کارشناس و خبره تعیین می‌شود) معلوم کرده و به همان نسبت از مبلغ کل قرارداد به پیمانکار پرداخت کنیم.

حقوقدانان مصری تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد را انفساخ عقد ندانسته و حکم به تعدیل روابط قراردادی می‌کنند. دلیل صاحبان این نظر این است که دشواری اجرای تعهد نمی‌تواند منجر به فسخ قرارداد شود و از طرف دیگر به دلیل دشواری اجرای تعهد الزام متعهد به انجام مفاد قرارداد ممکن نیست، به ناچار باید قاضی حکم به تعدیل قرار داد دهد. چنانچه شرایط جدید تعدیل که در ظاهر برای

متعهد اجباری است مورد قبول متعهدله قرار نگرفت وی می تواند قرارداد را فسخ کند در این حالت متعهد نیز از زیر بار الزام ناشی از عقد خارج می شود در غیر این صورت دلیلی برای رفع الزام متعهد نیست و تعدیل شرایط قرارداد متعهد را از دشواری و ضرر ناشی از حوادث نجات می دهد.^{۲۸}

به نظر می رسد این نظر مبتنی بر این عقیده است که برای تحقق اراده متعاقدین و کشف محدوده تراضی آنها و تفسیر آن نکات زیر را در نظر گرفته شود:

(۱) طبیعت التزام^{۲۹}

(۲) قواعد تکمیلی و تفسیری

(۳) عرف و شرایط متعارف

(۴) عدالت

قاضی به دنبال یافتن اراده حقیقی متعاملین و محدوده تراضی آنها در راه التزام طرفین به معامله است ولیکن با کمک قواعد تکمیلی و تفسیری و شرایط متعارف دنبال اجرای عدالت نیز هست.^{۳۰} عدالت معاوضی و تعادل میان عوضین، عرف مسلم معادلات تجاری است و هر گاه این تعادل بر اثر بروز حوادث غیر مترقبه به هم خورد، قاضی با پیشنهاد شرایط جدید و اصلاح قرارداد توازن مذکور را مجدداً برقرار و متعهد را مجبور به اجرای قرارداد با شرایط جدید می کند و دیگر دلیلی برای عدم الزام وی به مفاد قرارداد وجود ندارد.

در تحلیل نظر فوق می توان گفت که درست است که با تعدیل قرارداد، توازن و تعادل اقتصادی مجدداً برقرار می گردد و دلیلی برای معافیت متعهد از انجام تعهد باقی نمی ماند اما این نکته را نیز از نظر نباید دور داشت که اصلاح شرایط قراردادی در حقیقت توافق جدیدی است که نیاز به تراضی طرفین دارد و هر گاه مجوز عدم الزام متعهد به انجام تعهد، با دشواری اجرای تعهد و یا ضرری شدن آن تحقق یافت، به معنای اختیار وی به فسخ معامله است و یا حداقل انحلال قرارداد را در پی خواهد داشت. البته با توجه به اینکه یکی از فلسفه های تصویب ماده ۱۴۷

۲۸- عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۶۲۹.

قانون مدنی مصر^{۳۱} که متضمن نظریهٔ حوادث پیش‌بینی نشده و مشکل شدن اجرای تعهد است، مسألهٔ نظم عمومی است، قانونگذار به دنبال برقراری نظم و ثبات در معاملات بوده است و از این طریق ضمن ثبات معاملات از اجحاف و ظلم به یکی از طرفین قرارداد نیز جلوگیری نموده است.

بند دوم - فسخ

فسخ، عمل حقوقی یک طرفه‌ای است که نیاز به تراضی طرف مقابل ندارد. این عمل تنها به مجوز قراردادی یا قانونی نیاز دارد. چنانچه در قراردادی خیار فسخ برای یک طرف و یا طرفین و یا شخص ثالثی در نظر گرفته شده باشد، صاحب خیار می‌تواند، خواست و ارادهٔ خود را با هر لفظ و یا فعلی که دلالت بر فسخ نماید، بیان کند. اختیار فسخ؛ یعنی اعمال یا اسقاط خیار با اوست و دیگری نمی‌تواند تأثیری در آن داشته باشد. موارد دیگری که هر یک از متعاقدين می‌توانند در جهت متزلزل کردن بنیان محکم و استوار قرارداد از آن سود جویند، مجوزات قانونی است که قانونگذار برای جبران ضرر، یکی از طرفین یا هر دوی آنها را مجاز در به هم زدن قرار داده کرده است.

در تحلیل نهایی نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال در فقه با کمک قواعد فقهی «نفی عسر و حرج» و «لاضرر»، در مواردی که تغییر اوضاع و احوال به ضرری شدن اجرای تعهد یا دشواری غیر منتظره و خارج از متعارف منجر شود، حکم ضرری یعنی الزام متعهد به انجام تعهد را مرفوع دانسته و با توجه به یکی از مبانی کلی خسارات یعنی لاضرر، نظر به معافیت متعهد از انجام تعهد دادیم. از طرف دیگر به کمک نظریهٔ شرط ضمنی سعی در ابراز این نظر بود که طرفین با این شرایط ضمنی تن به تراضی داده‌اند که اوضاع و احوال زمان عقد به طور بنیادی تغییر نکند و ثبات اوضاع و احوال مذکور را مبنای تراضی طرفین دانستیم. اکنون بر همان اساس،

۳۱- ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر چنین مقرر می‌دارد: چنانچه حوادث استثنایی عام که مورد انتظار و توقع طرفین نیست بروز نماید و در اثر آن اجرای تعهد برای متعهد مشکل گردد، به نحوی که خسارت قابل توجهی به وی وارد نماید ولیکن اجرای تعهد را غیر ممکن نسازد، قاضی می‌تواند با رعایت مصلحت طرفین و با توجه به اوضاع و احوال جدید التزام عقد را به حد معقولی تعدیل نماید. عبدالرزاق احمد السنهوری، ج ۱، ص ۶۲۹.

مجوز عدم الزام متعهد به انجام تعهد و یا به عبارت دیگر مجوز فسخ برای طرفی که از این دگرگونی متضرر شده و یا در عسر و حرج افتاده است، صادر می‌شود.

تسلط بر فسخ برای کسی که از اجرای مفاد عقد دچار ضرر غیر متعارف و حرج و مشقت بی‌اندازه می‌گردد از کلام فقها پیداست.^{۳۲} مبنای خیار فسخ را فقها بر پایه حکومت اراده و مفاد تراضی یا جبران ضرر ناروا و اجرای عدالت اجتماعی تحلیل کرده‌اند.^{۳۳} چنانچه با توجه به دلیل نفی عسر و حرج و لاضرر نظریه تغییر اوضاع و احوال را بپذیریم، بر مبنای جبران ضرر ناروا و اجرای عدالت اجتماعی حکم به فسخ قرارداد می‌کنیم و اگر نظریه تغییر اوضاع و احوال را با توجه به نظریه شرط ضمنی تحلیل کنیم برای تحقق اراده طرفین و کشف محدوده تراضی ناچار به پذیرش وجود مجوز قراردادی برای فسخ قرارداد هستیم.

با اعتقاد به وجود حق فسخ معامله برای طرفی که در عسر و حرج و ضرر قرار گرفته و یا کسی که انتظارات متعارف و تصوراتش از اوضاع و احوال زمان عقد با بروز حوادث غیر مترقبه دچار دگرگونی و تغییر شده است او خواهد توانست با اعمال خیار از ضرر ناروایی که به وی وارد می‌شود جلوگیری کند و یا از حقی که به طور ضمنی در قرارداد برای وی ایجاد شده است استفاده نماید.

آنچه از توضیحات فوق و کلام فقها مستفاد می‌گردد، تسلط متعهد بر فسخ است. متعهدی که طی یک قرارداد ملتزم به انجام کار معینی شده است در صورت بروز حادثه‌ای غیر مترقبه و مشکل شدن اجرای تعهد و یا ضرری شدن آن می‌تواند قرارداد را فسخ و یا با همان شرایط و تحمل مشقت و ضرر به تعهد خود عمل کند. شیخ الطایفه (ره) در مبسوط قائل به الزام متعهد به انجام تعهد است ولو انجام تعهد با مشقت همراه باشد.^{۳۴} اما فقهای دیگر قائل به انفساخ عقد و یا خیار فسخ برای شخصی که از قرارداد مذکور در مشقت و یا حرج قرار گرفته و یا متضرر شده است می‌باشد.^{۳۵}

نکته قابل توجه در وجود خیار فسخ، چنانچه نظر به پذیرش نظریه تغییر اوضاع

۳۲- میرزای قمی، جامع الشتات، تهران منشورات شركة الرضوان، بی‌تا، ص ۳۰۶.

۳۳- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۵۷.

۳۴- شیخ ابی جعفر محمد طوسی، المبسوط، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۳۷.

۳۵- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۷، ص ۲۹۱، سید محمد جواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۱۸۷.

۱۸۷. شمس الدین سرخسی، المبسوط، بیروت، دارالفکر، بی‌تا، ج ۱۶، ص ۴۷.

و احوال بر مبنای نظریه شرط ضمنی و تحلیل حکومت اراده و تراضی باشد این است که آیا تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد به تنهایی مجوز فسخ است و یا علاوه بر تغییر در اوضاع و احوال و بروز حوادث دگرگون کننده شرایط حتماً لازم است ضرر و یا دشواری نیز تحقق یابد؟ در پاسخ باید گفت در استناد به نظریه شرط ضمنی تحقق دو امر لازم است:

۱) علاوه بر مواردی که در متن عقد به آن تصریح شده است، اموری که در عرف لازمه یک قرارداد است و با استنباط از اوضاع و احوال و قرائن و شواهد در چار چوب تراضی طرفین می‌گنجد و به عنوان «شرط ضمنی» تلقی می‌گردد لازم الوفا است.

۲) عدم وقوع تغییرات بنیادی در اوضاع و احوال حاکم بر عقد، مورد توافق ضمنی طرفین برای التزام به مفاد عقد به شمار می‌آید.

۳) تعادل عوضین یکی از امور عرفی و مسلم در مبالغات تجاری است. چنانچه این تعادل و توازن دچار اختلال شده و این اختلال به دلیل بروز حادثه‌ای غیر مترقبه و غیر قابل انتظار و غیر قابل دفع و اجتناب باشد، در حقیقت باید به دنبال راه حل جبران و برقراری مجدد تعادل و توازن بود. به همین دلیل باید گفت چنانچه تغییر در اوضاع و احوال - که عدم تغییر آن بنا بر تعبیر فوق مبنای تراضی طرفین بوده است - ایجاد شود و از بابت تعادل و توازن اقتصادی قرارداد به هم خورده باشد می‌توان نظر به فسخ قرارداد داد و الا بدون ورود ضرر و یا حرج و مشقت و اختلال در تعادل قراردادی دلیلی برای به هم زدن قرارداد نیست. به عبارت دیگر اگر دگرگونی در اوضاع و احوال تأثیری در اجرای قرارداد نداشته باشد به صرف اینکه عدم تغییر، مورد توافق ضمنی طرفین باشد و امکان اجرای قرارداد بدون دشواری و ضرر میسر باشد عذری برای عدم التزام وجود نداشته و متعهد ملتزم به اجرای مفاد عقد می‌باشد.