

نشریه نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره اول، پاییز-زمستان ۱۳۸۹، صفحات ۱۶۱-۱۳۳

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۰/۰۱/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۱۰/۰۲

بازنگری در مفاد قرارداد

سیدعلی علوی قزوینی^۱

محمد حسین وکیلی مقدم^۲

چکیده

مطابق با عقیده رایج، عقد با ایجاب و قبول تحقق می‌یابد. یکی از آثار این عقیده عدم امکان تغییر در مفاد قرارداد از سوی طرفین است. این مقاله در مقام ارزیابی این نکته است که آیا می‌توان با وجود عقیده مزبور، اعتبار و صحت بازنگری و تغییر در مدلول قرارداد را توجیه کرد؟ به دیگر سخن آیا طرفین بعد از ایجاد قرارداد به شکل مطلق پای‌بند به توافق صورت گرفته بوده و امکان تغییر اجزای آن را ندارند یا اینکه قادرند مبتنی بر توافق و تراضی جدید اقدام به اصلاح و بازنگری در قرارداد سابق کنند؟

با توجه به بررسی‌های صورت گرفته در این مقاله باید گفت بازنگری در مفاد قرارداد با اصول حقوقی انطباق دارد و می‌توان آن را در حقوق اسلام و ایران صحیح دانست.

واژگان کلیدی: تجدیدنظر در عقد، شرط الحاقی، الحاق به عقد، تبدیل تعهد، استحطاط.

Email:saalavi@ut.ac.ir.

Email:vakili@yahoo.com.

۱- استادیار دانشگاه تهران.

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

مقدمه

قرارداد امری اعتباری است که بر اساس اراده و خواست طرفین ایجاد می‌شود. همین وصف سبب شده است که تحلیل این پدیده چندان به راحتی صورت نگیرد. زیرا اراده خلافت طرفین تنها منبع تحلیل عقد نیست و از نظر قانونگذاران و اصول حقوقی نیز ملزوماتی وجود دارد که بیانگر شرایط معتبر دانستن عمل حقوقی صورت گرفته است. تردیدی نیست که عرف در تنظیم روابط حقوقی، به تحلیل‌های حقوقدانان وابسته نیست و مبتنی بر نیاز خود رفتار می‌کند. بر همین اساس بازنگری در مفاد قرارداد نیز از جهت عرفی منعی ندارد و معمولاً اتفاق می‌افتد. بنابراین ضروری است با تحلیل آنچه در عرف اتفاق می‌افتد و تطبیق آن با اصول و ضوابط حقوقی، ماهیت و اعتبار آن مورد ارزیابی قرار گیرد.

موضوع این مقاله افزون بر داشتن جنبه عرفی یکی از مصادیق اعمال حقوقی نیز است که به موجب آن طرفین توافق می‌کنند مفاد قراردادی را که سابقاً منعقد شده است، تغییر دهند. در این مقاله ابتدا تلاش شده است با بیان مفهوم بازنگری در قرارداد و تبیین آن، وجوه اختلاف و تمایز آن با سایر نهادهای مشابه مانند تعدیل قضایی و قراردادی معلوم شود، سپس با بیان ادله مخالفین اعتبار بازنگری در قرارداد، امکان پاسخگویی به اشکالات مزبور بررسی شود. نهایتاً با بیان مهم‌ترین مصادیق بازنگری در قرارداد این‌گونه نتیجه گرفته شده است که بازنگری در مفاد قرارداد صحیح است.

تبیین مفهوم بازنگری در مفاد قرارداد، اشکالات وارده بر بازنگری و شرایط صحت آن

الف) مفهوم بازنگری در قرارداد و مقایسه آن با نهادهای مشابه

الف-۱) مفهوم بازنگری در قرارداد

مفهوم تجدیدنظر در قرارداد در ادبیات حقوقی مفهومی شناخته شده است. با بررسی منابع می‌توان دریافت که این مفهوم در موارد زیر به کار رفته است:

الف-۱-۱) تعدیل قراردادی: انعقاد قرارداد طرفین را به انجام مفاد آن پای‌بند می‌سازد. عقد ماهیتی حقوقی است که باید به همان‌گونه که ایجاد شده است، اجرا شود. بر همین اساس و

منطبق با آنچه در ماده ۲۱۹ قانون مدنی ذکر شده است، عقد یکی از منابع ایجاد تعهد برای افراد تلقی می‌گردد. با این وجود امروزه بحران‌های اقتصادی و پیدایش شرایط غیر قابل پیش‌بینی این سوال را در حقوق مطرح کرده است که آیا می‌توان به استناد تغییر شرایط در زمان اجرا، خواستار تجدیدنظر یا تعدیل در قرار داد شد؟ آیا می‌توان به واسطه اینکه تعاقب طرفین بر اساس شرایط موجود در زمان انعقاد عقد است، تغییر بنیادین شرایط را مبنای توجیه تعدیل قرار تلقی کرد؟ (بیگدلی، ۱۳۸۶، ۲۷۳؛ صادقی مقدم، ۱۳۷۸، ۵). بی‌تردید در جایی که طرفین خود در زمان انعقاد قرارداد به این امر توجه داشته باشند و با استفاده از شرط ضمن عقد، حق تعدیل قرارداد را پیش‌بینی کنند، بحث آسان‌تر خواهد بود هر چند در همین مورد نیز تردیدهایی درباره غرری بودن معامله مطرح شده است (بیگدلی، ۱۳۸۶، ۲۸۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ۷۲) بحث اصلی مربوط به حالتی است که در قرارداد هیچ نوع تصمیمی در مورد تعدیل آن اتخاذ نشده باشد: موافقین امکان تجدیدنظر معتقدند که عارض شدن شرایطی که انجام تعهد قراردادی را با صعوبت همراه می‌سازد (نه اینکه آن را غیرممکن گرداند) موجب تحقق یکی از آثار احتمالی زیر است: بطلان قرارداد به علت انتفای موضوع، حق فسخ از جانب متعهد و یا تعدیل قرارداد.

از آنجا که در فرض مورد بحث امکان انجام تعهد همچنان موجود است، نمی‌توان موضوع توافق را منتفی دانست و بر این اساس حکم به بطلان معامله کرد. فسخ از جانب متعهد و یا نیز با وجود امکان تعدیل چندان منطقی به نظر نمی‌رسد، زیرا که اولویت با حفظ قرارداد و ابقای آن است. بنابراین می‌توان گفت که تعدیل مناسب‌ترین راه‌حل در مواجهه با شرایط سخت در اجرای قرارداد است (شهیدی، ۱۳۸۳، ۳۹). مبانی توجیهی این گروه را علاوه بر موارد فوق‌الذکر می‌توان به شکل زیر تقسیم‌بندی کرد: الف) شرط ضمنی عرفی: از جمله علل توجیه‌کننده تعدیل قرارداد حتی در فرضی که طرفین صراحتاً آن را در قرارداد پیش‌بینی نکرده‌اند، شرط ضمنی عرفی است (بیگدلی، ۱۳۸۶، ۲۹۰). براساس این شرط که مبتنی بر دلالت عرفی است (سیمایی، ۱۳۸۰، ۹۸). هر توافقی بر این اساس شکل می‌گیرد که در مقام اجرا نیز شرایط همسان با زمان انعقاد وجود داشته باشد. در واقع برهم خوردن شدید تعادل اقتصادی، بر همین اساس، می‌تواند مبنای تعدیل قرارداد باشد زیرا مبتنی بر

شرط مزبور متعهد قراردادی این‌گونه توافق می‌کند که طبق همان شرایط زمان انعقاد، قرارداد را اجرا کند. ب) نظریه علت: در فرانسه برای توجیه تعدیل قراردادی از نظریه علت استفاده می‌شود (بیگدلی، ۱۳۸۶، ۲۸۶). بر اساس این نظریه در قراردادهای معوض مبنای پذیرش تعهد هریک از طرفین التزام طرف مقابل است. این ارتباط و تقابل علاوه بر زمان انعقاد، باید در زمان اجرا نیز تداوم داشته باشد. بنابراین می‌توان گفت که برهم خوردن تعادل اقتصادی در قرارداد سبب می‌شود تا تعهد یکی از طرفین در مقابل دیگری ناهمگون تلقی شده و در نتیجه تعدیل قرارداد ضروری شود. مباحث کامل و اشکالات مطرح شده در این زمینه را باید در منابع مرتبط با آن مطالعه کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۷۰؛ بیگدلی، ۱۳۸۶، ۲۷۳؛ شهیدی، ۱۳۸۳، ۳۸؛ کاظم‌آبادی، ۱۳۷۷؛ عبدالملکی، ۱۳۷۹؛ کاظم‌نژاد، ۱۳۷۵؛ صادقی مقدم، ۱۳۷۸؛ همو ۱۳۷۹) اما تا آنجا که به بحث ما مرتبط است، باید گفت که منظور ما از بازنگری در مفاد قرارداد، بازنگری مطرح در فرض مذکور نیست.

الف-۱-۲) تعدیل قضایی و قانونی: همانگونه که از نام این دو نوع تعدیل بر می‌آید، تعدیل قانونی مبتنی بر اراده قانونگذار است که بر اساس ایجاد شرایط تعدیل قراردادی خود مستقیماً تعدیل را مجاز می‌داند. مواردی چون بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی و یا ماده واحده مربوط به کاهش اجاره بهای خانه‌های استیجاری، مصوب شورای انقلاب در سال ۱۳۵۸ از نمونه مصادیق تعدیل قانونی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۷۶؛ شهیدی، ۱۳۸۳، ۳۹). ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر نیز در بیان تعدیل قضایی مقرر می‌دارد: «هنگامی که حوادثی استثنایی اتفاق بیافتد که برای طرفین قرارداد قابل پیش‌بینی نبوده است و در نتیجه تعهدات طرفین هر چند ممکن ولی با هزینه سنگین قابل انجام باشد، قاضی اجازه دارد مبتنی بر اوضاع و احوال و با در نظر گرفتن وضعیت طرفین و مصلحت آنان تعهد سنگین را تا حد معقول تعدیل نماید. توافق خلاف این قاعده باطل است» (سنه‌وری، ۱۳۸۲، ۴۵۶) ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه نیز در ابتدا موضعی مشابه با ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران درباره وجه التزام اتخاذ کرده بود. اما در سال ۱۹۷۵ با اضافه کردن بندی جدید به این ماده این‌گونه مقرر شد که: «قاضی می‌تواند مبلغ مورد توافق را در صورتی که به شکل آشکار اغراق شده یا ناچیز باشد کمتر یا بیشتر نماید». برخلاف تعدیل قانونی، در تعدیل قضایی

مرجع رسیدگی‌کننده اقدام به اصلاح قرارداد می‌کند. این نوع تعدیل چندان مقبول نظر نیافتاده است. به نظر می‌رسد همانگونه که بیان شده است، اگر منظور از تعدیل قضایی این است که مرجع رسیدگی‌کننده فارغ از مفاد قانون و اراده طرفین اقدام به تغییر مفاد عقد کند نمی‌توان آن را توجیه کرد. اما اگر تعدیل قضایی به شکل دیگری تبیین شود منطبق با یکی از انواع تعدیل قراردادی و یا قانونی است و نمی‌توان آن را صورت مستقلی از تعدیل دانست (شهیدی، ۱۳۸۳، ۴۰).

الف-۱-۳) توافق طرفین در تغییر مفاد قرارداد: بیان اجمالی انواع مختلف تجدیدنظر در مفاد عقد، تبیین معنای بازنگری در مفاد قرارداد را تسهیل می‌کند. این بحث مربوط به زمانی است که طرفین بعد از پایان مرحله انعقاد عقد اقدام به بازنگری در مفاد قرارداد می‌کنند و با توافق و به وسیله شرط الحاقی، جزئی از قرارداد را حذف و یا تغییر داده و یا تعهدی جدید به آن می‌افزایند. این فرآیند که از آن با عنوان «الحاق به عقد»^۱ هم نام برده شده است (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۳۶۸؛ ۱۳۸۶، ۶۲؛ ۱۳۸۸، ۱۳۸) با اشکال قبلی تجدید نظر متفاوت است؛ تجدید نظر (تعدیل) قراردادی مبتنی بر ایجاد شرایط غیرقابل پیش‌بینی و برهم خوردن تعادل اقتصادی عوضین است. در حالی که در بازنگری در مفاد عقد، چنین شرایطی ضروری نیست. نکته اصلی که در مقام تبیین نوع اخیر تجدیدنظر در مفاد عقد باید به آن پرداخت این است که آیا اصولاً اراده طرفین این توانایی و قابلیت را دارد که بعد از انعقاد عقد مفاد آن را تغییر دهد یا خیر؟ بر اساس همین تفاوت بنیادین است که نمی‌توان علل توجیهی تعدیل قراردادی را برای اثبات اعتبار بازنگری در عقد مورد استفاده قرار داد. مثلاً استناد به شرط ضمنی عرفی در فرض اخیر تجدیدنظر امکان‌پذیر نیست. زیرا نمی‌توان وجود شرطی عرفی مبنی بر توانایی طرفین در اصلاح قرارداد را احراز کرد. بر این اساس باید گفت بر خلاف تعدیل قراردادی که متوقف به تغییر شرایط و در راستای ایجاد تعادل اقتصادی است، در بازنگری در عقد ضرورتی به بروز تغییرات اساسی نیست. مصادیق هر یک از این

۱- الحاق به عقد را نباید با بحث عقود الحاقی خلط کرد. در این بحث طرفین توافق جدید را به عقد سابق الحاق می‌کنند در حالی که در قرارداد الحاقی یکی از طرفین به عقدی که سابقاً به شکل استاندارد تنظیم شده ملحق می‌شود و شرایط آن را می‌پذیرد.

دو نیز تحلیل فوق را تأیید می‌کند. مثلاً شرط کاهش یا افزایش مسئولیت را می‌توان بر اساس بازنگری در عقد، به آن الحاق کرد در حالی که بی‌تردید نمی‌توان آن را مصداق تعدیل قرارداد دانست. تفاوت بازنگری در عقد با تعدیل قضایی و قانونی نیز واضح است؛ زیرا اولاً همانگونه که بیان شد این نوع تعدیلات نیز منوط به برهم خوردن تعادل اقتصادی عوضین است، ثانیاً مقام قضایی و یا قانون به صورت قهری و بدون توجه به اراده و خواست طرفین اعمال‌کننده آن تلقی می‌شوند در صورتی که در بازنگری در مفاد عقد خود طرفین توافق می‌کنند تا برخی شرایط قرار داد را تغییر دهند.

الف-۲) بازنگری در قرارداد و نهادهای مشابه

ممکن است در مخالفت با بازنگری در عقد چنین استدلال شود که بازنگری در عقد با برخی دیگر از اعمال حقوقی مشابه است، به نحوی که نمی‌توان میان آنها قائل به تفکیک شد. همچنین ممکن است ادعا شود که اصولاً نیازی به پذیرش بازنگری در عقد نیست، زیرا اهداف آن با استفاده از همین نهادهای مشابه تأمین خواهد شد. در ادامه نهادهای مشابه مورد اشاره قرار می‌گیرد و تفاوت‌های آن با بازنگری در عقد تبیین می‌شود.

الف-۲-۱) اقاله: ممکن است بیان شود که آنچه به عنوان بازنگری و اصلاح عقد مورد بحث قرار می‌گیرد، در واقع چیزی بیش از اقاله نیست، در نتیجه با وجود آن نیازی به نهاد جدید و مباحث مستقل نیست زیرا موضوع بحث تحت ضوابط اقاله قابل ارزیابی خواهد بود. همانگونه که بیان شده است: «اقاله عبارت است از تراضی برای اعاده مالکیت حاصل از عقد سابق» (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۳۲۷) اما به نظر می‌رسد که اقاله را نمی‌توان با بازنگری در قرارداد یکی دانست، زیرا در اقاله قصد اعاده مالکیت به عنوان یکی از عناصر اصلی مطرح شده است (لنگرودی، ۱۳۸۶، ۳۲۷) در حالی که در بحث ما وجود چنین قصدی ضروری نیست. به عنوان مثال همانگونه که در آینده بیان خواهیم کرد، ممکن است طرفین با استفاده از بازنگری در مفاد قرارداد شرط عدم مسئولیت یا کاهش آن را به عقد سابق ملحق کنند (ایزانلو، ۱۳۸۲، ۱۵۲). آیا در این فرض می‌توان گفت اقاله صورت گرفته است؟ آیا اصولاً قصد اعاده مالکیت در این فرض قابل تصور است؟ ملاحظه می‌شود که در این موارد

نمی‌توان از نهاد اقاله برای توجیه آنچه واقع شده، استفاده کرد. به علاوه نباید تحلیل اراده طرفین در معاملات را به عنوان منبع اصلی تبیین و تفسیر اعمال حقوقی فراموش کرد. بر همین اساس باید گفت بر خلاف اقاله که عبارت است از تراضی طرفین بر انحلال عقد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ۱۶)، در اصلاح قرارداد قصد انحلال وجود ندارد و طرفین قصد دارند عقد سابق را به تعهد جدید مشروط سازند و مفاد قرارداد را تغییر دهند. از اینجا معلوم می‌شود بر خلاف اقاله که در آن کاهش یا افزایش عوضین ممکن نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ۳۱) اصولاً در تجدیدنظر در قرارداد امکان ایجاد تغییر در عوضین وجود دارد. با این حال در برخی موارد بازنگری در قرارداد با اقاله ارتباط پیدا می‌کند. در آینده بیان خواهیم کرد که یکی از اشکال اصلاح قرارداد تغییر در عوضین است که در فقه از آن به حط و زیاده تعبیر می‌شود. مثلاً موضوع عقد، فروش اتومبیل به قیمت ۱۰ میلیون تومان باشد اما بعد از پایان مجلس عقد طرفین توافق کنند که به میزان ۱ میلیون از ثمن معامله کاسته شود. در این فرض ممکن است این‌گونه بیان شود معامله مزبور با ثمن سابق اقاله شده و تعهد جدیدی با موضوع پرداخت ۹ میلیون تومان در ازای اتومبیل ایجاد شده است.

به نظر می‌رسد که با وجود تحلیل مزبور، سوال اصلی همچنان پابرجا است و آن این است که نهایتاً ماهیت تعهد جدید چیست؟ آیا باید آن را بیعی جدید دانست با ثمن جدید که تمام آثار آن (مانند شروع مدت محاسبه خیار تأخیر ثمن) از زمان توافق لاحق آغاز می‌شود؟ یا اینکه می‌توان آنچه را که مورد توافق قرار گرفته است، به عقد سابق الحاق نمود؟ بنابراین با توجه به مطالب فوق باید گفت که این نظریه نیز امکان توجیه آنچه واقع شده را ندارد و با استناد به آن نمی‌توان از ذکر مباحث مربوط به بازنگری بی‌نیاز شد. در نتیجه احکام اقاله در این فرض راه نمی‌یابد.

الف-۲-۲) تبدیل تعهد: ممکن است بیان شود که آنچه به شکل بازنگری در قرارداد شکل گرفته است، در واقع تبدیل تعهد است زیرا طرفین به تراضی تعهد قراردادی شکل گرفته در عقد را از طریق جایگزین کردن تعهدی جدید زائل کرده‌اند. یکی از اساتید این سوال را صراحتاً مطرح کرده‌اند که آیا هر نوع تغییر شرایط توافق در مقام اجرای آن یا پیش از آن الزاماً تبدیل تعهد است یا خیر؟ (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۰۱). در پاسخ به این سوال ابتدا باید

دانست تبدیل تعهد به سه شکل قابل تصور است: (۱) تبدیل تعهد به اعتبار تغییر موضوع (متعهد به؛ ۲) تبدیل به اعتبار تغییر طلبکار؛ (۳) تبدیل به اعتبار تغییر بدهکار (ماده ۲۹۲ قانون مدنی) (لنگرودی، ۱۳۸۶ ج ۲، ۱۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۱۴) آنچه ممکن است به بحث بازنگاری در مفاد قرارداد مرتبط باشد، نوع اول یعنی تبدیل موضوع تعهد است. بنابراین ضروری است مقایسه‌ای بین این دو نهاد حقوقی صورت پذیرد؛ ملاک اصلی در تحقق تبدیل تعهد از نوع تبدیل متعهد به، این است که دو تعهد جدید و قدیم از نظر ذاتی با هم مغایر باشند و تغییر صورت گرفته و تفاوت بین آنها به حدی اساسی و بنیادین باشد که به هیچ روی نتوان آن دو را یکی دانست (لنگرودی، ۱۳۸۶ ج ۲، ۱۱۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۱۸). علی‌رغم قاعده مزبور که می‌توان آن را به عنوان کبری در بحث مدنظر داشت، صاحب نظران در تطبیق مصادیق مختلف دارای اختلاف عقیده‌اند: برخی از اساتید معتقدند مواردی چون تغییر یا حذف اجل، تغییر در مکان اجرای تعهد و هر نوع تصمیم‌گیری در مورد وجه التزام (اعم از تعیین، حذف و یا تغییر آن) تبدیل تعهد تلقی نمی‌شود زیرا حقیقتاً نمی‌توان پذیرفت که آنچه واقع شده است با تعهد سابق از نظر ماهوی تفاوت دارد. در حالی که تغییر در کمیت تبدیل تعهد تلقی شده است (لنگرودی، ۱۳۸۶ ج ۲، ۱۱۵). گروه دیگری از صاحب‌نظران نیز بر این باورند که تغییر در میزان ثمن، اتخاذ تصمیم جدید در مورد اجل و یا تعلیق وجود یا بقای تعهد، تبدیل تعهد قلمداد نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۱۸). در انطباق تبدیل تعهد با اصلاح قرارداد باید نکات زیر را مدنظر داشت: تبدیل تعهد نیازمند تصریح طرفین است. بنابراین باید میان تغییر تعهد و تبدیل آن تفکیک قایل شد و مادام که قصد مزبور به شکل قطعی ابراز نشود، تبدیل تعهد را نپذیرفت. به علاوه تبدیل تعهد امری خلاف قاعده است و باید تنها در فروض حتمی و در فرض اثبات قطعی به آن حکم داد. با توجه به موارد فوق و بر اساس تحلیل اراده طرفین باید گفت که در اصلاح قرارداد طرفین قصد زوال تعهد سابق و جایگزینی آن با تعهد جدید را ندارند، بلکه آنچه مورد تراضی است حقیقتاً اصلاح و تغییر قرارداد سابق است. بقای تضمینات سابق (برخلاف آنچه در تبدیل تعهد رخ می‌دهد - ماده ۲۹۳ قانون مدنی) و عدم مغایرت ذاتی بین دو تعهد سابق و لاحق مؤید تحلیل مزبور است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۰۱).

ب) ایرادات وارد بر بازنگری در مفاد قرارداد و چگونگی رفع آن

ب-۱) ایرادات بازنگری در قرارداد

در بررسی اعتبار الحاق به عقد در کتب فقهی و حقوقی اشکالات مختلفی بیان شده است که عبارتند از:

ب-۱-۱) **خاتمه یافتن عقد و عدم امکان ایجاد رابطه شرطیت:** پایان عقد به ایجاب و قبول امری مسلم است و به واسطه عدم امکان تغییر در امور خاتمه یافته، تغییر در مدلول عقدی که به ایجاب و قبول محقق شده نیز ممکن نیست. بر همین اساس عده‌ای بر این باورند که اصولاً شرط الحاقی، اعتبار شرط را فاقد است و بر اساس آن نمی‌توان مدلول عقد را تغییر داد. در حقیقت عقدی که سابقاً واقع شده به شکل مطلق و بدون قید ایجاد شده است در حالی که پذیرش الحاق شرط به آن به معنی مشروط کردن عقد سابق است که امکان‌پذیر نیست. به علاوه اصل حاکمیت اراده را نیز نمی‌توان اساس توجیه قرارداد، زیرا متعلق این اصل جز عقد، ایقاع و شرط ضمن عقد، امر دیگری را شامل نمی‌شود در حالی که بازنگری در مفاد قرارداد هیچ یک از اشکال مزبور نیست (شهیدی، ۱۳۸۶، ۵۵). این استدلال را می‌توان به بیان دیگر نیز طرح کرد: الحاق به عقد مانند هر رابطه تضایفی دیگر مبتنی بر وجود دو طرف رابطه است. در حقیقت رابطه، به معنی وجود نسبت بین دو یا چند چیز است. همانگونه که نمی‌توان بین دو معدوم ایجاد رابطه کرد، تحقق ارتباط بین موجود و معدوم نیز قابل تصور نیست. در بحث بازنگری در مفاد قرارداد، عقد به عنوان یکی از طرفین رابطه معدوم شده است بر همین اساس قابلیت پذیرش الحاق را ندارد در نتیجه آنچه به عنوان شرط الحاقی مبنای بازنگری در مفاد عقد می‌شود مدلول آن را تغییر نخواهد داد. آنگونه که برخی از صاحب‌نظران بیان کرده‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۶، ۶۴) اساس این اشکال در فقه حنفی است که طبق آن بنیان عقد، کلام است و چون کلام (ایجاب و قبول لفظی) به محض خطاب معدوم می‌شود امکان الحاق به آن با محذور عقلی مواجه است.

ب-۱-۲) **مغایرت با اصل لزوم و ضرورت وفای به عقد:** همانگونه که در ماده ۲۱۹ قانون مدنی بیان شده است هر عقدی که به شکل صحیح و قانونی تحقق یابد برای طرفین

الزام آور و لازم‌الاتباع است. بنابراین امکان تغییر مفاد عقد نیز ممکن نیست، زیرا «امر به وفای به عقد به طور غیر مستقیم ناظر به تکلیف نگاهداری آن نیز هست» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (ج ۳)، ۲۲۶) بنابراین می‌توان گفت که مراد از لزوم عقد این است که عقد قابلیت تغییر و تبدیل ندارد. (لطفی، ۱۳۷۶، ۲۸؛ شهبازی، ۱۳۸۵، ۱۵؛ لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ۲۸۱؛ ۱۳۸۶، ج ۱، ۳۱۳؛ ۱۳۸۱، ۴۱؛ عبده، ۱۳۸۱، ۱۹؛ بهرامی، ۱۳۷۶، ۵؛ محقق داماد، ۱۳۷۲، ۸) بنابراین مبتنی بر اصل لزوم، تغییر در مفاد قرارداد ممکن نیست و آنچه به عنوان عقد مورد توافق قرار گرفته، نهادی است دارای ضمانت اجرا که جز در صورت تصریح قانون (یعنی مبتنی بر اعمال خیار یا اقاله) قابل زوال و تغییر نیست و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند بدون رضایت دیگری آن را منحل کند. البته در برخی موارد مانند نکاح، اتقان عقد به حدی است که حتی با رضایت طرفینی نیز عقد قابل انحلال نیست. بنابراین می‌توان گفت در هر قرارداد مدلول مطابقی عقد که مضمون عقد است و متعاملین آن را انشاء کرده‌اند عبارت است از تبدیل مال در مقابل مال و مدلول التزامی آن تعهد هر یک از طرفین به عمل طبق مفاد انشاء و عدم تخلف و نقض تعهد مزبور است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۹۵؛ صدر، ۱۴۲۰، ۳۰۱؛ حسنی، {بی تا}، ۳۵۴) در نتیجه چون بازنگری در مفاد قرارداد و الحاق شرط به آن به معنی تغییر در عقد و مخالف با مدلول‌های فوق است، اعتباری ندارد و قابل پذیرش نیست. به دیگر سخن عقد یکی از منابع ایجاد تعهد است که طرفین با استفاده از آن و مبتنی بر تراضی، تعهدی قراردادی را ایجاد می‌کنند. جوهر هر تعهد بر اساس الزام‌آوری است و نمی‌توان عهده‌ی را بدون وصف مزبور تصور کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۶۵؛ سنهوری، ۱۳۸۲، ۳۸۶). مبنای الزام و اجبار متعهد به انجام مفاد تعهدش نیز در همین نکته است، زیرا او با انعقاد قرارداد و پذیرش تعهد ضمن آن، این حق را به طرف مقابل داده است تا در فرض امتناع او را اجبار به انجام تعهد کند (سنهوری، ۱۳۸۲، ۳۴۲). بنابراین بر اساس التزام مزبور در عقد که از آن به مواجبه تعبیر می‌شود (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ۱۸۷). می‌توان الزام آور بودن تعهدات را تبیین و توجیه کرد (لنگرودی، ۱۳۸۸، ۲۱۳ و ۶۹۴). با توجه به مقدمات فوق و بر این اساس که اجرای تعهد قراردادی جز با اجرای منطبق با مدلول عقد صورت نمی‌گیرد (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۱۴۲)، گفته شده است تجدیدنظر در عقد باطل و بی اعتبار است. در

واقع هر تعهد قراردادی تنها زمانی اجرا می‌شود که دقیقاً آنچه در قرارداد متعلق قصد قرار گرفته است، محقق شود. در غیر این صورت اجرای دقیق به مفهوم حقوقی روی نداده است و التزام فرد همچنان پا برجا است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۴۵). در فقه این استدلال با استناد به آیه «اوفوا بالعقود» بیان می‌شود (انصاری، ۱۳۸۳، ۲۱۴؛ سیوری، ۱۴۳۰، ۴۳۳؛ نایینی، ۱۴۲۷، ج ۳، ۸).

ب-۲) بررسی اشکالات بیان شده و رفع ایرادات

پذیرش اعتبار بازنگری در مفاد قرارداد منوط به پاسخگویی به اشکالاتی است که در این باره مطرح شده است. به نظر می‌رسد نمی‌توان بر اساس اشکالات مطرح شده بازنگری در مفاد قرارداد را بی اعتبار دانست. در ادامه به تفصیل پاسخ ایرادات مطرح شده ذکر می‌شود.

ب-۲-۱) بقای عقد در عالم اعتبار و امکان لحوق شرط به آن: اولین اشکالی که در مخالفت با پذیرش اعتبار بازنگری در عقد مطرح شد، زوال عقد و عدم امکان لحوق شرط به آن است. پیشتر هم به این نکته اشاره شد که مبنای اشکال مزبور کلام دانستن عقد و لزوم به کار بردن ایجاب و قبول لفظی در آن است. در حالی که به نظر می‌رسد عقیده مزبور قابل پذیرش نیست و مبنای عقد را نباید الفاظ متعاقبین دانست بلکه همانگونه که در حدیث ابن‌سنان نیز ذکر شده است جوهره عقد را عهد تشکیل می‌دهد. همانگونه که در حقوق نیز تأکید شده است، اراده طرفین و خواست آن‌ها مبتنی بر ایجاد موجودی اعتباری است که می‌تواند به اذن قانونگذار مبنای تاثیر قرار گیرد (لنگرودی، ۱۳۸۶، ۳۰). در واقع آنچه با تراضی و توافق طرفین به وجود می‌آید موجودی اعتباری است که تحت ضوابط حاکم بر مادیات قابل بررسی نیست (لنگرودی، ۱۳۸۷، ۴۳). عقیده ما بر این است که دوام این موجود در عالم اعتبار امکان انجام برخی تغییرات در مورد آن را فراهم می‌سازد. در غیر این صورت همین اشکال دقیقاً در مورد فسخ و یا اقاله نیز قابل طرح است. زیرا به تعبیر فقها خیار، توانایی و سلطنت تصمیم‌گیری در مورد بقا یا ازاله عقد است (نایینی، ۱۴۲۷، ۳) در حالی که منطبق با نظر مزبور عقد با ایجاب و قبول خاتمه پذیرفته است. پس این سوال پیش می‌آید که چگونه می‌توان در مورد بقای امر معدوم تصمیم‌گیری کرد؟! حقیقت این

است که استدلال بیان شده به معنی پایان یافتن مرحله انشاء و تعاقب طرفین است اما از آن نمی‌توان در راستای اثبات مانعی جهت تغییر در مفاد عقد، استفاده کرد. در واقع همانگونه که با وجود خاتمه عقد، فسخ یا اقاله آن ممکن است، طرفین، به عنوان ابرازکنندگان اراده خلاق و موجد عقد، این توانایی را دارند که در مورد جزئی از آن تصمیم‌گیری مجدد کنند و نمی‌توان به استناد معدوم شدن عقد عمل مزبور را باطل پنداشت. امکان تعلق رضا به گذشته نیز مؤید تحلیل فوق است. توضیح اینکه: در حقوق این قابلیت وجود دارد که متعلق رضا امری استقبالی باشد آنگونه که موصی در وصیت عمل می‌کند و یا موضوع آن امری در گذشته باشد؛ مانند اجازه مالک در معامله فضولی یا امضای مکره بعد از زوال کره. این امر نشانگر آن است که قواعد حاکم بر اعتباریات را نباید منطبق با اصول حاکم بر عالم ماده تفسیر و تأویل کرد (لنگرودی، ۱۳۸۰، ۶۶). در نتیجه وقتی یک رضا این قابلیت را دارد که در مورد امری که در گذشته واقع شده، تصمیم بگیرد، می‌توان گفت که در بحث ما مجموع دو رضای متعاملین نیز اصولاً این توانایی را دارد که در مورد عقدی که سابقاً منعقد شده است، بازنگری کند. به تعبیر دیگر اراده و رضای افراد در حقوق اصولاً قابلیت تأثیر در گذشته را دارد و حرکت آن در زمان می‌تواند منشا آثار حقوقی شود. همچنین این دیدگاه که امکان ایجاد رابطه شرطیت وجود ندارد نیز قابل اشکال است. جهت تبیین پاسخ ابتدا باید رابطه بین عقد و شرط را مورد تحلیل قرار داد: برخی از فقها (موسوی خمینی، ۱۴۰۹، ج ۵، ۲۵۰) نسبت بین شرط و عقد مشروط را مبتنی بر ظرفیت می‌دانند و براین باوراند که نقش عقد برای شرط ضمن آن، جز وعاء الزام و التزام^۱ نیست، در نتیجه شرط و عقد از نظر الزام با هم ارتباط ندارند و در تمام حیثیات جز ظرفیت، از هم مستقل‌اند. بنابراین شرط الزام و التزامی است که عقد تنها به عنوان ظرف آن قلمداد می‌شود نه اینکه معلق یا مقید به آن باشد. مشهور فقها این نظر را نپذیرفته‌اند. محقق خویی معتقد است که شرطیت صرفاً مبتنی بر مقارنه دو التزام نیست بلکه آنچه موجب ایجاد رابطه مزبور می‌شود تعلق نفس منشا و عقد به التزام ضمنی (به صورت شرط) است (خویی، ۱۴۱۴) با مراجعه به آثار فقهی می‌توان

۱- یعنی عقد چیزی فراتر از ظرفی نیست که شرط در آن شکل می‌گیرد. بی‌آنکه میان آن دو ارتباط و علقه‌ای فراتر از رابطه مزبور به وجود آید.

پذیرفت مبنای تحلیل رابطه عقد و شرط بر اساس دو عقیده زیر است: (۱) صرف وجود الزام و التزام در عقدی دیگر (۲) وجود ربط و تبعیت. به نظر می‌رسد با تحلیل آنچه در شرط ضمن عقد اتفاق می‌افتد و مبتنی بر مفاهمه عرفی، نظر اول در مقابل نظر دوم مستقل تلقی نمی‌شود و ایجاد رابطه شرطیت حقیقتاً بر اساس ارتباط و تابعیت از عقد است. در حقیقت صرف اقتران زمانی بین دو التزام را نمی‌توان موجب ایجاد رابطه شرطیت دانست (خویی، ۱۴۱۴، ۳۱). بلکه آنچه ملاک است وجود علقه ربطیت بین دو التزام مزبور است. تعلیق و تقیید عقد به شرط، برای ایجاد ارتباط مزبور ضروری تلقی می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۶، ۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱۱۱؛ سیمایی، ۱۳۸۰، ۲۴).

با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد که شرط الحاقی با عقد اصلی رابطه شرطیت دارد و می‌توان چنین علقه‌ای را بین آنها موجود دانست: مطابق عقاید مخالفین شرط الحاقی، شرطیت متوقف بر تحقق دو امر است که عبارتند از: (۱) وجود رابطه (۲) اقتران زمانی. این گروه بر اساس اینکه در شرط الحاقی، در زمان انشای عقد، شرطی وجود نداشته بلکه بعد از پایان یافتن مرحله ایجاد به آن اضافه شده است، معتقدند که اقتران زمانی مفقود بوده و چنین التزامی به عنوان شرط تلقی نمی‌شود. اما باید گفت آنچه ملاک اصلی در تحقق رابطه مزبور به حساب می‌آید، تبعیت است نه اقتران زمانی. بنابراین اگر طرفین با توافق و اراده هم التزامی را به التزام دیگر مرتبط سازند، به نحوی که نتوان آن دو را از یکدیگر مستقل دانست، رابطه شرطیت ایجاد شده است و همین امر در ایجاد قید معنوی عقد کفایت می‌کند. برخی استدلال‌هایی که به شکل احتمال برای توجیه شرط بنایی در فقه ذکر شده است نیز این نکته را به اثبات می‌رساند که برای ایجاد شرط ضمن عقد وجود همزمانی عقد و شرط ضروری نیست (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ۲۵). بنابراین باید گفت که در نظر عرف شرط عبارت است از ارتباط بین دو امر که به طور کلی به اشکال زیر قابل تصور است: (۱) تکوینی: مانند رابطه علت و معلول؛ (۲) شرعی: مانند ارتباط وضو و نماز (۳) جعلی: که در فقه معاملات و بر اساس اراده طرفین و متعاقدين شکل می‌گیرد. افزون بر این نباید فراموش کرد که شرط فاقد حقیقت شرعیه و متشرعه است از این‌رو در تحلیل احکام و آثار

شرط باید از معنای عرفی آن پیروی کرد.^۱ بر این اساس تردیدی نیست که تصمیم مجدد درباره عقد سابق و تغییر آن به صورت شرط الحاقی، از نظر عرفی شرط قلمداد می‌شود. پس برخلاف آنچه گفته شده است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۵۶) اراده طرفین در عالم اعتبار توانایی ایجاد رابطه شرطیت به شکل مزبور را دارد و به هیچ وجه نمی‌توان در بطلان چنین مواردی به مغایرت با نظم عمومی استناد کرد.^۲

ب-۲-۲) **عدم مغایرت با اصل لزوم و وجوب وفای به تعهد:** مطالعه آثار و نظریات فقهی در مورد اصل لزوم این قاعده را نشان می‌دهد که در مقام تردید در لازم یا جایز بودن عقد، اصل بر لازم بودن آن است. در نتیجه طرفین حق فسخ عقد را ندارند و باید منطبق با مدلول آن عمل کنند (محقق داماد، ۱۳۸۰، ۱۶۳؛ همو، ۱۳۷۲، ۱۱). بر این اساس برخی صاحب-نظران بر این باورند که در جایی که به موجب دلیل، خیار به اثبات می‌رسد و یا عقد جایز تلقی می‌شود، امکان استناد به اصل لزوم وجود ندارد.^۳ در واقع لزوم، صفت معامله‌ای است که قابل فسخ و یا نقض نیست، زیرا دلیل شرعی، وجود خیار یا امکان فسخ طرفین را در آن اثبات نکرده است. در مقابل عقد جایز به معنی قابلیت ذاتی فسخ عقد به اراده طرفین است، بدون اینکه اثرگذاری آن متوقف بر وجود دلیل خارجی باشد (حسنی، {بی‌تا}، ۲۵۴؛ السیوری، ۱۴۰۳، ۳۵۲). با توجه به تحلیل فوق باید گفت که استناد به اصل لزوم با بحث امکان بازنگری در قرارداد بی‌ارتباط است. زیرا همانگونه که ملاحظه می‌شود اصل مزبور

۱- «لیس للشرط حقیقه شرعیه فلم يستعمل الشرط فی لسان الشارع و النصوص الا فی معناه العرفی» خویی، ۱۴۱۴: ۶۵.

۲- بر خلاف عقیده استاد مرحوم دکتر شهیدی به نظر می‌رسد در چنین مواردی نمی‌توان به نظم عمومی استناد کرد زیرا علاوه بر مجمل بودن مفهوم مزبور باید انصاف داد نظم عمومی در راستای حفظ ارزش‌ها و مفاهیم بنیادین هر جامعه شکل گرفته است و بحثی چون الحاق یا عدم الحاق شرط به عقد ابدأ در این معنا قابل بحث نیست. جز در مورد نکاح که در آینده در مورد آن بحث خواهیم کرد. به همین علت برخی از اساتید استناد به این مفهوم را جز در موارد محدود و یقینی مغایر با انضباط حقوقی می‌دانند (لنگرودی، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲، ۱۴۶؛ و همو، وسیط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ دوم ۱۳۸۸، ۷۱۹).

۳- «الاصل فی البیع اللزوم و انما یخرج عن اصله بأمین: ثبوت الخیار و ظهور العیب» علامه حلی، قواعد الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳، ج ۲، ۶۴.

شامل عقود جایز نمی‌شود. همچنین عقدهای اذنی نیز با این استدلال که مبنای آنها مجرد اذن به دیگری است و اطلاق عقد به آنها صرفاً به علت وقوع اذن به شکل ایجاب و رضای طرف مقابل به صورت قبول است، تخصصاً از قاعده مزبور خارج دانسته شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۹۸). در حالی که بحث تجدیدنظر در عقود، شامل این نوع از عقدها نیز می‌شود. به تعبیر دیگر اگر مخالفین اعتبار بازنگری در قرارداد به اصل لزوم استناد کنند، تنها بخشی از عقود را مورد بررسی قرار داده‌اند. در نتیجه دلیل ارائه شده اخص از مدعا خواهد بود. بنابراین گذشته از اشکالاتی که درباره قاعده مزبور بیان شده است (لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴۱؛ ۱۳۸۶ (ج ۱)، ۳۱۳؛ همو، ۱۳۸۸، ۹۴) باید گفت که اصل مزبور برای جلوگیری از برهم زدن یکجانبه توافق و فسخ آن، جز در جایی است که از طرف قانون مجاز شده باشد. در حالی که بازنگری در قرارداد به این معنی است که طرفین با توافق و رضایت یکدیگر، در قرارداد ایجاد تغییر کنند. با این حال ممکن است از اصل مزبور جهت اثبات لزوم حفظ مفاد عقد به شکل منعقد شده، استفاده شود که در این صورت پاسخ را طبق بیانی که در بخش بعد ذکر می‌شود ارائه می‌کنیم.

از دیگر اشکالات مطرح شده در مورد بازنگری در مفاد قرارداد، مغایرت آن با وصف الزام‌آوری تعهد است. به نظر ما مفاد اشکال بیان شده صحیح و غیرقابل تردید است، اما نمی‌توان از آن چنین نتیجه گرفت که بازنگری در عقد بی‌اعتبار است. توضیح این که الزام‌آوری تعهدات و التزام طرفین به انجام آن، امری است مسلم، اما نباید این نکته را فراموش کرد که این وصف تا زمانی است که تعهد مورد نظر موجود باشد. بنابراین در صورتی که به شکلی مشروع و قانونی تعهد مزبور زائل شود و یا تعهد جدیدی جای آن را بگیرد، نمی‌توان از نیروی الزام‌آوری و وجوب وفای به آن صحبت کرد. به همین علت در مورد تبدیل تعهد نباید به استناد واجب الوفاء بودن تعهد سابق، بی‌اعتباری تعهد لاحق را به اثبات رساند. در حقیقت اشکال مزبور بیانگر این نکته است که انعقاد عقد، طرفین را به اجرای مدلول دقیق عقد ملزم می‌کند. اجرای قرارداد منطبق با قرارداد لاحق سبب می‌شود تعهد اصلی مندرج در قرارداد اصلی، اجرا نشده باقی بماند، زیرا آنچه اجرا شده است با آنچه باید اجرا می‌شد، متفاوت است. در حالی که مدعای ما در این جستار آن است که تغییر در

مفاد قرارداد بر اساس توافق طرفین اصولاً قابلیت الحاق به عقد را دارد و در نتیجه عمل منطبق با آن وفای به عقد را محرز می‌کند. در واقع به نظر می‌رسد که اگر پذیرفته شود که بازنگری طرفین در مفاد عقد ممکن است (رفع تردید سببی)، نوبت به طرح اشکال مزبور نمی‌رسد. پس اگر پذیرفته شود که از نظر حقوقی امکان بازنگری قرارداد برای طرفین وجود دارد، بدین معنا است که جایگزینی تعهدها معتبر است. پس، در نتیجه در صورت بازنگری موضوع وفای به عهد تغییر می‌کند لذا متعلق آن تعهد جدید طرفین خواهد بود.

ج) شرایط صحت بازنگری در قرارداد

آنچه در این مبحث مورد ارزیابی قرار می‌گیرد این است که آیا بازنگری در قرارداد در هر صورت معتبر است یا صحت آن منوط به رعایت شرایطی خاص است؟

ج-۱) ارتباط مستقیم شرط الحاقی به عقد سابق: پیشتر بیان شد که بعد از انعقاد قرارداد از جانب طرفین تداوم حیات آن در عالم اعتبار این امکان را به طرفین می‌دهد که پیرامون آن تجدیدنظر کنند و بر اساس شرط الحاقی مفاد آن را تغییر دهند. همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران بیان کرده‌اند، بازنگری در این معنا زمانی صحیح است که مفاد توافق طرفین مستقیماً به آنچه سابقاً واقع شده است، مرتبط باشد. بنابراین تنها در این حالت می‌توان با توجه به تحلیلی که از رابطه شرط و عقد کردیم، حکم به ایجاد رابطه مزبور کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ۱۱۸) به عنوان مثال اگر قرارداد بیعی منعقد شده باشد، طرفین می‌توانند در مورد چگونگی اجرای تعهد یا برخی متعلقات مبیع مجدداً تصمیم بگیرند اما نمی‌توانند طبق توافق جدید به یکی از طرفین وکالت پیگیری دعاوی طرف دیگر را در دادگستری واگذار کنند و وکالت مزبور را به عنوان شرط ضمن عقد بیع به آن ملحق سازند. در مثال فوق وکالت عقدی است مستقل از بیع که جز خواست و اراده طرفین سبب ارتباط دیگری با بیع ندارد در حالی که بازنگری در مورد اجرای قرارداد (مانند نحوه پرداخت باقی اقساط ثمن) بی‌تردید مسبوق به وجود تعهد مزبور است. ارتباط از نوع اخیر را ارتباط مستقیم می‌نامیم؛ بدین معنی که بدون وجود رابطه قبلی اصولاً قابل تحقق نیست. عده محدودی که بازنگری در قرارداد را معتبر می‌دانند آن را منحصر به فرضی کرده‌اند که توافق لاحق مستقیماً به عقد سابق

مرتبط باشد. این نکته نیز لازم به ذکر است که اکثر توافقات مربوط به بازنگری و اصلاح قرارداد مصداق همین نوع تجدیدنظر است؛ به نحوی که می‌توان گفت ایجاد تعهدی مستقل و الحاق آن به عقد سابق چندان مورد عمل عرف نیست.

ج-۲) صحت عقد سابق: از دیگر شرایط اعتبار بازنگری، صحت عقد سابق است. بازنگری در قرارداد فرآیندی جهت کارآمد کردن توافقی است که سابقاً واقع شده است. فرایند بازنگری باید با توافق و خواست طرفین صورت پذیرد. ادله‌ای که برای صحت و اعتبار این توافق ذکر کردیم، مانند ایجاد و بقای عقد در عالم اعتبار، نیز مقتضی است که عقدی که سابقاً واقع شده از نظر شرایط صحت دچار خلل نباشد. بنابراین بحث در مورد امکان احیای عقد فاسد از طریق حذف شرط مفسد، که در فقه مطرح شده است (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ۴۶)، از موضوع بحث ما خارج است و تأیید یا رد آن اصولاً بر اساس مبانی مستقلی صورت می‌گیرد. همچنین باید دانست که بازنگری در قرارداد تنها در صورتی معتبر است که توافق لاحق طرفین، ماهیت توافق سابق را به کلی دگرگون نسازد و به واسطه شرط مفسد آن را از اعتبار ساقط نکند. به دیگر سخن، گستره اراده طرفین و قابلیت آن تنها در این حد است که عقدی را که در گذشته به درستی واقع شده است، اصلاح و مورد بازنگری قرار دهد، بدون اینکه این امکان را داشته باشد که جوهر و ذات قرارداد سابق را تغییر دهد (مثلاً بیع را به اجاره تبدیل کند) و یا به واسطه شرط مفسد و الحاق آن به عقد سابق، آن را فاسد کند. از میان مذاهب خمس، در فقه حنفی الحاق به عقد به طور کلی مؤثر و معتبر است؛ همچنین الحاق شرط فاسد موجب ابطال قرارداد سابق می‌شود. اما نظر مختار با مبانی پذیرش بازنگری در قرارداد سازگاری بیشتری دارد (لنگرودی، ۱۳۸۶، ۶۵). همین تحلیل در جایی که شرط لاحق موجب نامشروع شدن توافق سابق می‌شود نیز قابل طرح است. بنابراین در صورتی که بازنگری در قرارداد موجب ربوی شدن آن شود، تجدیدنظر اعتبار ندارد و صحیح تلقی نمی‌شود (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ۱۲۶).

ج-۳) متقابلانه نبودن قصد طرفین: از دیگر شرایط لازم جهت صحت بازنگری در قرارداد، متقابلانه نبودن قصد طرفین است. اگرچه می‌توان منطبق با قاعده کلی، سوء استفاده از حق را یکی از عوامل بی‌اعتباری اعمال حقوقی دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۴۲۷؛ بهرامی، ۱۳۷۰،

(۱۲۲)، اما مناسب است در مورد اصلاح و بازنگری در قرارداد این بحث را مطرح کنیم که تأثیر سوءنیت و قصد اضرار طرفین در انجام عمل مزبور چیست؟ محل اصلی این بحث و مهم‌ترین اثر سوءنیت در بازنگری در مبحث شفعه نمود پیدا می‌کند. شفیع در تملک حصه فروخته شده، باید ثمن معامله را به خریدار پرداخت کند. حال اگر بعد از انجام معامله شریک و خریدار با توافق یکدیگر ثمن را کم یا زیاد کنند، آیا شفیع برای اخذ به شفعه باید همچنان ثمن المسمی اصلی در معامله را پرداخت کند یا اینکه ضروری است ثمن را به میزانی که بعداً طرفین توافق کرده‌اند، بپردازد؟ شیخ طوسی به این سوال چنین پاسخ می‌دهد که اگر توافق طرفین قبل از استقرار عقد؛ یعنی قبل از انقضای خیار صورت بگیرد، معتبر است و به عقد ملحق می‌شود. در نتیجه شفیع جهت اخذ به شفعه باید ثمن توافق شده را بپردازد، اما اگر بعد از انقضای خیار توافق جدیدی در مورد ثمن شکل گیرد مؤثر در عقد نیست و شفیع باید همان ثمن المسمای مذکور در عقد اصلی را پرداخت کند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۰۸). نظر ایشان از سوی دیگر فقها چندان مورد پذیرش قرار نگرفته است و جز معدودی از آنها (طرابلسی، ۱۴۱۱، ۱۲۱) سایرین معتقدند که آنچه ملاک است، ثمنی است که بر اساس آن مالکیت در بیع منتقل شده است. در واقع مبنای تفصیلی شیخ طوسی با نظر ایشان مبنی بر انتقال مالکیت بعد از انقضای خیار سازگار است، اما بنابر نظر مشهور که عقد را موجب انتقال مالکیت می‌داند و خیار را در این امر مانع به حساب نمی‌آورد، دیدگاه مزبور صحیح نیست (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۷۸۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ۳۵۲؛ حلی، ۱۴۱۱، ۳۸۹؛ لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۳۶۸). با توجه به مبنایی که در این مقاله در مورد تحلیل الحاق شرط پذیرفته شد باید گفت که اصولاً بازنگری در قرارداد مؤثر در حق شفیع است و بر اساس ادله پیش گفته، در این فرض نیز الحاق به عقد صورت می‌گیرد. اما یکی از شرایط اعتبار بازنگری در قرارداد این است که مبتنی بر سوء استفاده و یا جهت زیان زدن به ثالث صورت نگیرد. در نتیجه اگر طرفین بعد از عقد ثمن را کاهش دهند، مدلول عقد تغییر کرده و شفیع جهت اعمال حق شفعه باید ثمن توافق شده را به خریدار بپردازد اما اگر ثمن معامله جهت ایراد زیان به شفیع افزایش یابد، به علت وجود سوءنیت توافق مزبور معتبر نبوده و مدلول قرارداد را تغییر نخواهد داد. در حقیقت به نظر می‌رسد که تأثیر شرط اصلاحی و تغییر مدلول عقد بر اساس

آن، مبتنی بر قاعده است اما از شمول این قاعده مواردی که به قصد زیان زدن به دیگری صورت پذیرد، خارج می‌شود. این تحلیل مبتنی بر مبنای اخذ به شفعه و فلسفه وضع آن است زیرا اصولاً حق شفعه در راستای جلوگیری از ایراد زیان به شفیع است بنابراین نهادی حمایتی است (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ۱۷۳)، که با آنچه بیان شد سازگاری بیشتری دارد.

آثار عملی پذیرش اعتبار بازنگری در قرارداد و مصادیق آن

الف) آثار عملی بازنگری در قرارداد

بعد از بررسی مبانی نظری بازنگری در مفاد قرارداد باید به این امر پرداخت که آثار عملی معتبر دانستن این فرآیند چیست. در واقع در مواجهه با توافق طرفین مبنی بر اصلاح قرارداد، باید به دو سوال بنیادین پاسخ داد: (۱) آیا توافق انجام شده صحیح است؟ (۲) بر فرض صحت، توافق مزبور تحت چه عنوانی قابل تحلیل است؟

پاسخ منفی به سوال اول بررسی سوال دوم را منتفی می‌سازد اما بر فرض پذیرش اعتبار توافق انجام شده تحلیل نتایج عملی آن دارای آثار مهمی است که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد.

الف-۱) از حیث لزوم و جواز عقد لاحق: اگر بپذیریم که طرفین ممکن است عقدی معین را به عقد سابق ملحق کنند، در فرض جواز عقد، لزوم و جواز آنچه ملحق می‌شود، رابطه مستقیم با نوع تحلیل از برآیند توافق طرفین دارد.

به عنوان مثال اگر طرفین قرارداد بیعی منعقد کرده باشند و بعد از خاتمه مرحله انعقاد، با یک مشتری قرارداد مضاربه ببندد و چنین مقرر شود که مشتری با ثمن معامله اقدام به مضاربه کند، منطبق با نظر مشهور، آنچه واقع شده، عقد مضاربه‌ای مستقل است که به حکم ماده ۵۵۰ قانون مدنی جایز تلقی می‌شود اما بر مبنای نظر پذیرفته شده در این نوشتار، الحاق به عقد صحیح است و مضاربه به صورت شرط ضمن عقد بیع در می‌آید. در نتیجه عقد جایزی است که به واسطه اینکه ضمن عقد لازم درج شده است، از آن کسب لزوم می‌کند و به تبع آن غیرقابل فسخ می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲، ۶۳).

الف-۲) از حیث ربوی شدن معامله: دومین اثر عملی، مرتبط با بحث ربا است. معامله دو جنس متجانس همراه با زیادی یکی از آنها، موجب تحقق ربا می‌شود. حال اگر طرفین بعد از معامله دو متجانس که به میزان مساوی معامله شده‌اند، چنین توافق کنند که بر میزان و مقدار یکی از اجناس افزوده شود و توافق مزبور را به عقد الحاق کنند، وضعیت چگونه است؟ در پاسخ باید گفت اگر تغییر مدلول عقد بر اساس توافق اخیر پذیرفته نشود، آنچه واقع شده است، ربا نیست و تعهدی مستقل به حساب می‌آید اما اگر تغییر مفاد عقد پذیرفته شود، آنچه واقع شده، مصداق معامله ربوی است زیرا شرط ربا (افزون بودن یکی از دو جنس متجانس) احراز شده است. لازم به ذکر است، جز در نظر ابوحنیفه (بدایع، ج ۷، ۳۱۸۳ به نقل از لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ۳۶۹) امامیه و حنابله عقیده دارند به واسطه عدم تغییر مدلول عقد ربا شکل نمی‌گیرد. همین رویکرد سبب شده است که بازنگری در قرارداد به عنوان یکی از حیل‌های فرار از ربا مطرح شود تا جایی که ادعا شده است که اصلی‌ترین زمینه بروز اصلاح قرارداد، استفاده از آن به عنوان حیل‌های در مقابل ربا بوده است (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ۳۶۸). همان‌گونه که پیشتر بیان شد، یکی از شرایط صحت بازنگری قرارداد این است که عمل و توافق طرفین مفسد قرارداد سابق تلقی نشود و آن را نامشروع نکند. در نتیجه بر اساس تحلیل بیان شده، تغییر در میزان عوضین متجانس در فرض فوق، به عقد سابق ملحق نمی‌گردد و مؤثر در آن نخواهد بود. اما علت این امر خلاف آنچه بیان شد، عدم امکان تغییر در مفاد قرارداد نیست بلکه وجود مانع (نامشروع شدن عقد سابق) است که الحاق به عقد را با مشکل مواجه می‌سازد. این نظر با منطبق ممنوعیت ربا سازگارتر است و زمینه انجام حیل برای فرار از آن را مسدود می‌سازد.

الف-۳) از حیث تحلیل مبنای صحت تعهد: زمانی که طرفین تعهدی مستقل را بعد از عقد مورد توافق قرار دهند و قصد داشته باشند که آن را به عقد ملحق سازند، اگر بازنگری در قرارداد معتبر قلمداد شود، به عنوان شرط ضمن عقد سابق تلقی می‌شود و شرایط صحت آن مبتنی بر شرایط صحت شرط ضمن عقد خواهد بود. اما اگر اصلاح عقد و تغییر مدلول آن پذیرفته نشود، توافق طرفین موجد تعهدی مستقل است که اعتبار آن منوط به صحیح دانستن تعهد (شرط) ابتدایی است. به دیگر سخن، معتبر دانستن بازنگری در قرارداد به این

معنی است که با اراده طرفین شرطی جدید به عقد ملحق شده است که اعتبار و آثار آن بر اساس ضوابط کلی شروط ضمن عقد تحلیل می‌شود اما اگر الحاق به عقد معتبر تلقی نشود، آنچه واقع شده، مشمول عنوان «شرط ضمن عقد» نیست. زیرا بر اساس این دیدگاه عقد به عنوان یکی از طرفین این رابطه تضایفی معدوم شده است. در این صورت آنچه جدیداً مورد توافق قرار گرفته است، مصداق تعهد ابتدایی است که درباره اعتبار آن اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین ملاحظه می‌شود که از این منظر نیز تحلیل نوع ارتباط توافق لاحق طرفین و عقد سابق دارای کمال اهمیت است.

ب) مصادیق بازنگری در مفاد قرارداد

اگر چه احصای تمام مصادیق شروط الحاقی و توافقات بازنگری در قرارداد امکان‌پذیر نیست اما آنچه در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد رایج‌ترین نمونه‌هایی است که ممکن است در این مورد صورت پذیرد:

ب-۱) افزایش یا کاهش ثمن: از مصادیق رایج بازنگری در قرارداد که در فقه نیز مورد بحث قرار گرفته است، تغییر در میزان ثمن معامله است که از آن به حط و زیاده یا استحطاط تعبیر شده است. بنابر احکام فقه، استحطاط از جانب مشتری، به این معنا که او از بایع تقاضای تخفیف در پرداخت معامله کند، مکروه است بدون اینکه تقاضای آن قبل از تفرق از مجلس عقد یا بعد از آن، مؤثر در حکم باشد (حلی، ۱۴۱۱، ۲۳۴، محقق حلی، ۱۴۰۹، ۱۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۹۰؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ۲۷۳). مؤلف مفتاح‌الکرامه علت کراهت استحطاط را در این نکته می‌داند که ثمن، ملک بایع شده است و تقاضای مشتری از بایع مبنی بر تخفیف در آن مشمول آیات ۸۵ سوره‌های اعراف^۱ و هود^۲ و آیه ۱۸۳ سوره شعرا^۳ می‌شود. اما از آنجا که از امام صادق (ع) قولاً و فعلاً در مورد جواز استحطاط ادله وجود دارد، ناگزیر

۱- اعراف (۸۵): ... فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَ لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَ لَا تفسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ.

۲- هود (۸۵): ... أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَ لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَ لَا تَغْتَابُوا فِي الْأَرْضِ مُمْسِدِينَ.

۳- شعرا (۱۸۳): ... وَ لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَ لَا تَغْتَابُوا فِي الْأَرْضِ مُمْسِدِينَ.

باید اخبار نهی از آن را به کراهت حمل کرد. به علاوه وجود شهرت اجماعی مبنی بر اینکه بایع می‌تواند از مال خود اقدام به کاستن از ثمن برای مشتری کند، مؤید تحلیل فوق است (عاملی، ۱۴۱۹، ۴۵۰). فارغ از بحث تکلیفی استحطاط، این سوال قابل طرح است که در فرض انجام آن، کاستن از ثمن تحت چه عنوانی صورت می‌گیرد؟ بنابر آنچه در فقه آمده است از آنجا که عقد با ایجاب و قبول خاتمه می‌یابد، تغییر در ثمن معامله ممکن نیست در نتیجه اگر بایع متعاقب درخواست مشتری از میزان ثمن بکاهد، آنچه اتفاق می‌افتد ابراء است و به عقد سابق ملحق نمی‌شود. خلاف شافعیه که همین نظر را پذیرفته است، ابوحنیفه تغییر در اجل، اجرت، صداق و افزایش ثمن را به عقد ملحق می‌داند وی در مورد حط و کاهش آن ابراز تردید کرده و بر این باور است که اگر بخشی از ثمن قرارداد به واسطه توافق بعدی طرفین کاسته شود، الحاق به عقد و تغییر در مدلول آن صورت می‌گیرد اما کاهش تمام ثمن ابراء تلقی می‌شود و مؤثر در عقد نیست (الشرح الکبیر، ج ۶، ۲۸۶ به نقل از شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۱۷۸). به نظر می‌رسد که عقیده ابوحنیفه با آنچه در این نوشتار بیان شد، قابل توجیه است زیرا چنان که پیشتر گفته شد، از شرایط صحت بازرگاری در قرارداد این است که موجبات ابطال عقد سابق را فراهم نیاورد. حط به میزان تمام ثمن به معنی حذف آن است، در حالی که ثمن در بیع یکی از ارکان به حساب می‌آید و قابل الغا نیست در نتیجه حذف کل ثمن ممکن نیست و تنها می‌توان آن را کاهش داد. منطبق با نظر مشهور در فقه امامیه، در صورت انجام استحطاط اگر خریدار خواهان فروش مبیع به شکل مرابحه باشد، در اخبار از راس‌المال باید ثمن اصلی ذکر شده در قرارداد را به طرف دیگر اعلام کند، نه میزان کاسته شده بعد از توافق را (علامه حلی، ۱۳۱۵، ۱۸۷؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴، ۴۹۱) در مقابل اگر توافق شود بر میزان ثمن بیفزایند، آنچه واقع می‌شود، هبه مستقلی خواهد بود که از جانب مشتری به بایع صورت می‌گیرد و مرتبط با عقد سابق نیست. بنابراین می‌توان گفت خلاف تحلیل صورت گرفته در این مقاله، مبنای نظر مشهور فقها این است که اگر حقی به وسیله یکی از اسباب متفق علیه، تثبیت شده و استقرار یافته باشد، هر نوع تغییر در آن از سوی طرفین بی‌اعتبار خواهد بود زیرا نیازمند دلیلی است که به عقیده فقها در این مورد دلیل

قانع‌کننده‌ای ارائه نشده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۱۷۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ۳۰۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۳، ۲۷۵).

ب-۲) بازنگری در مسئولیت قراردادی: از رایج‌ترین اشکال بازنگری در قرارداد، تصمیم‌گیری در مورد مسئولیت قراردادی است. شروط عدم مسئولیت، کاهش مسئولیت و یا جایگزینی آن می‌تواند پس از انعقاد قرارداد اصلی صورت پذیرد و به عقد ملحق شود. با توجه به ادله‌ای که برای اثبات امکان بازنگری در مفاد قرارداد بیان کردیم، باید گفت که چنین شروطی معتبر است و در مفاد عقد ایجاد تغییر می‌کند. لازم به ذکر است که از آنجا که رابطه شرطیت بین توافق مزبور و عقد اصلی ایجاد می‌شود، کلیه احکام مربوط به شرط ضمن عقد در مورد توافق الحاق شده به عقد سابق نیز اجرا می‌شود. در نتیجه اگر به موجب قانون قرارداد اصلی و شرط ضمن آن تشریفات محسوب شود و برای اعتبار آن مثلاً نیاز به تنظیم سند رسمی باشد، توافق طرفین در مورد مسئولیت نیز باید با رعایت همان تشریفات صورت پذیرد (ایزنلو، ۱۳۸۲، ۱۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ۱۱۸؛ لنگرودی، ۱۳۸۶، ۶۵).

ب-۳) بازنگری و تغییر در تضمینات قرارداد: طرفین ممکن است بعد از پایان مرحله انعقاد عقد توافق کنند تا مالی که به عنوان تضمین معامله در رهن گذاشته شده بود، از رهن خارج شود، یا مالی به عنوان رهن تعیین شود و یا علاوه بر مالی که سابقاً به عنوان مرهونه تعیین شده بود، مالی دیگر نیز به عنوان رهن تعیین شود. حتی به نظر می‌رسد که نوع اخیر که از آن به رهن مضاف تعبیر می‌شود، جز به صورت الحاق به عقد قابل تحقق و تصور نیست، زیرا در رهن مضاف، رهن ثانی بدون اخذ وام جدید و صرفاً در راستای افزایش تضمین دینی که سابقاً ایجاد شده است، صورت می‌پذیرد (لنگرودی، ۱۳۷۸، ۵۲؛ ۱۳۸۶، ج ۲، ۱۲۳). بنابراین کلیه شرایطی که برای رهن اصلی بین طرفین توافق شده است، در مورد رهن مضاف نیز لازم‌الرعایه است. مثلاً اگر رهن اصلی برای مدت زمان یک سال مورد توافق قرار گرفته باشد، رهن مضاف نیز برای همان مدت وثیقه خواهد بود. در حالی که اصولاً در نظر مشهور و منطبق با مبنای آن باید گفت آنچه واقع شده رهنی است مستقل و بی‌ارتباط به آنچه سابقاً بین طرفین تحقق یافته است. همین تحلیل در مورد وجه التزام نیز قابل طرح است (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ۱۲۳)، زیرا بر اساس همین تحلیل طرفین می‌توانند برای عقدی که

سابقاً واقع شده است، وجه التزام تعیین کنند. در این مورد نیز به غیر از تحلیل بر اساس مبنای بازنگری در عقد نمی‌توان توافق جدید را توجیه نمود.

ب-۴) بازنگری و تغییر در اجل: طرفین می‌توانند به طور کلی در مورد اجل در معاملات نیز اقدام به بازنگری در قرارداد کنند. مانند اینکه بیع نقد را به نسیه تبدیل نمایند (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۳۶۷) به نظر می‌رسد در چنین مواردی که توافق طرفین اصالتاً به عقد سابق مرتبط است، اگر اعتبار بازنگری در قرارداد به رسمیت شناخته نشود، توافق صورت گرفته بی‌معنی و فاقد اعتبار خواهد بود، زیرا مفاد آن فارغ از توافق سابق و مستقل از آن، قابلیت ایجاد ندارد. همچنین است افزایش یا کاهش زمان خیار شرط. بی‌تردید در این فرض نمی‌توان با استناد به ماده ۴۰۱ قانون مدنی و لزوم معین بودن مدت خیار شرط، حکم به بطلان معامله داد زیرا هم در زمان انعقاد قرارداد اصلی و هم در زمان الحاق شرط به آن، مدت مزبور معین بوده است و از این نظر اشکالی بر توافق وارد نیست (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۳۶۷). از منظر فقه شافعی، در صورتی که تغییر در اجل؛ همانند اضافه کردن شرط خیار و یا تغییر در ثمن و مثن، بعد از لزوم عقد صورت پذیرد، به عقد ملحق نمی‌شود. برخی چون ابی زید نیز معتقدند که الحاق شرط جدید به قرارداد تنها در مجلس عقد امکان‌پذیر است، زیرا مجلس عقد مانند خود عقد تلقی می‌شود اما در سایر زمان‌ها چنین امری ممکن نیست (الرافعی، {بی تا}، ۲۱۴).

نتیجه‌گیری

نظر مشهور فقهی بازنگری در قرارداد را معتبر نمی‌داند. مبنای این نظر پایان یافتن عقد و عدم امکان ایجاد رابطه شرطیت بین آن و شرط الحاقی است. اما به نظر می‌رسد با توجه به تحلیل عرف از رابطه شرط و عقد، در صورتی که قصد طرفین ایجاد علقه مزبور باشد، الحاق به عقد امکان‌پذیر است. بقای عقد در عالم اعتبار این امکان را به طرفین می‌دهد که در صورت نیاز در مورد برخی شرایط و اجزای آن بازنگری کنند. البته همانگونه که در مقاله اشاره شد، صحت عمل مزبور منوط به آن است که توافق طرفین تنها در جهت تغییر جزئی در عقد صحیحی باشد که سابقاً شکل گرفته است. در نتیجه توافق مزبور در جایی که

موجب ابطال عقد سابق شود و یا ماهیت آن را به کلی دگرگون سازد، معتبر نیست. بررسی مثال‌ها و مصادیق مختلفی که در فقه و حقوق معتبر تلقی شده‌اند، نیز نشان می‌دهد که بازنگری در مفاد عقد اگرچه به صورت نظریه‌ای مستقل مورد اشاره قرار نگرفته است، اما در نظام حقوقی اسلام دارای سابقه است. افزون بر این، از ارتکاز عرفی و رویه‌ای که در عمل مورد استفاده قرار می‌گیرد نیز می‌توان در راستای تقویت اعتبار بازنگری در قرارداد بهره گرفت. در نتیجه باید پذیرفت بازنگری در مفاد قرارداد از اصول معتبر در حقوق اسلام است که به تبع آن در حقوق ایران نیز پذیرفته شده و مزایای عملی آن موجب گردیده در عرف نیز مورد استفاده قرار گیرد.

منابع

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۳)، *المکاسب*، مجلدات دوم و سوم، چاپ سوم، چاپ اسماعیلیان، قم.
- ۲- ایزانلو، دکتر محسن (۱۳۸۲)، *شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت در قراردادها*، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۱)، *کلیات حقوق اسلام*، چاپ اول، تهران، انتشارات رهام.
- ۴- بهرامی، دکتر حمید (۱۳۷۰)، *سوء استفاده از حق*، چاپ دوم، تهران، انتشارات اطلاعات.
- ۵- بیگدلی، دکتر سعید (۱۳۸۶)، *تعدیل قرارداد*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- ۶- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، (۱۳۸۱)، *تحولات حقوق خصوصی* (مجموعه مقالات زیر نظر دکتر کاتوزیان)، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۷- _____ (۱۳۸۶)، *الفارق*، مجلدات اول دوم و سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۸- _____ (۱۳۸۷)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۹- _____ (۱۳۷۸)، *رهن و صلح*، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۰- _____ (۱۳۸۶)، *سیستم‌شناسی در علم حقوق*، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۱۱- _____ (۱۳۸۲)، *صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق*، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۲- _____ (۱۳۸۲)، *فرهنگ عناصرشناسی*، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۳- _____ (۱۳۸۰)، *فلسفه حقوق مدنی*، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، مجلدات اول و دوم.
- ۱۴- _____ (۱۳۸۸)، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۵- حسنی، هاشم معروف، {بی تا}، *نظریه العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، منشورات مکتبه هاشم.

- ۱۶- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، مجلد دوم، چاپ دوم، تهران، موسسه نشر اسلامی.
- ۱۷- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، (۱۴۱۴)، *تذکره الفقهاء*، چاپ اول، موسسه آل البيت، مجلدات دهم و دوازدهم، قم.
- ۱۸- _____ (۱۴۱۳)، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی.
- ۱۹- _____ (۱۳۱۵)، *تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه*، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت، مجلد اول.
- ۲۰- حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، (۱۴۰۸)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، مجلدات دوم و سوم، قم، چاپ دوم، موسسه اسماعیلیان.
- ۲۱- خویی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۴)، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، چاپ اول، بیروت، دارالمورخ العربی.
- ۲۲- الرافی، عبدالکریم بن محمد (بی تا)، *فتح العزیز فی شرح الوجیز*، مجلد هشتم، قم، دارالفکر.
- ۲۳- السنهوری، دکتر عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ترجمه محمدحسین دانش‌کیا و سیدمهدی دادمززی، مجلد اول، چاپ اول، قم، انتشارات دانشگاه قم.
- ۲۴- سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۰)، *شرط ضمنی*، چاپ اول، قم، انتشارات بوستان کتاب.
- ۲۵- السیوری، جمال‌الدین المقداد بن عبد... (فاضل مقداد) (۱۴۳۰)، *کنز‌العرفان فی فقه القرآن*، چاپ چهارم، دفتر نشر نوید اسلام، قم.
- ۲۶- _____ (۱۴۰۳)، *نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، چاپ اول، قم، کتابخانه آیه... مرعشی نجفی.
- ۲۷- شهبازی، دکتر محمدحسین (۱۳۸۵)، *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، چاپ اول، تهران، موسسه مطالعات حقوقی فرزندگان دادآفرین.
- ۲۸- شهیدی، دکتر مهدی (۱۳۸۳)، *آثار قراردادها و تعهدات*، چاپ دوم، تهران، مجد.
- ۲۹- _____ (۱۳۸۲)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ دوم، تهران، مجد.

- ۳۰- _____ (۱۳۸۶)، *تسروط ضمن عقد*، چاپ اول، تهران، مجد.
- ۳۱- صدر، سیدمحمد (۱۴۲۰)، *ماوراء الفقه*، مجلد سوم، چاپ اول، بیروت، دارالاضواء للطباعة و النشر و التوزيع.
- ۳۲- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴)، *ریاض المسائل*، مجلد هشتم، چاپ سنگی، قم، موسسه آل‌البتیت.
- ۳۳- طرابلسی، ابن‌براج عبدالعزیز (۱۴۱۱)، *جواهر الفقه*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۴- طوسی، ابوجعفر محمدبن‌حسن (شیخ طوسی)، (۱۴۰۷)، *الخلافا*، مجلد سوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۵- عاملی، جوادبن محمدحسینی، (۱۴۱۹)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، مجلدات چهارم و دوازدهم، قم.
- ۳۶- کاتوزیان، دکتر ناصر، (۱۳۸۶)، *الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳۷- _____ (۱۳۸۷)، *قواعد عمومی قراردادها*، مجلدات سوم، چهارم، پنجم و ششم، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- ۳۸- _____ (۱۳۸۲)، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
- ۳۹- لطفی، دکتر اسدا... (۱۳۷۶)، *بررسی اصل لزوم در عقود اسلامی*، چاپ اول، همدان، انتشارات دانشجو.
- ۴۰- محقق داماد، دکتر سیدمصطفی (۱۳۸۰)، *قواعد فقه مدنی*، جلد ۲، چاپ چهارم، انتشارات سمت، تهران.
- ۴۱- موسوی بجنوردی، میرزاحسن (۱۴۱۹)، *القواعد الفقهیه*، جلد پنجم، چاپ اول، قم، نشر الهادی.
- ۴۲- نایینی، محمد حسین (۱۴۲۷)، *منیه الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات)*، چاپ دوم، موسسه قم، نشر اسلامی.

مقالات و پایان نامه‌ها

- ۱- بهرامی، محمد (۱۳۷۶)، *تحلیل عقد و اصاله اللزوم آن در قانون مدنی*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۸.
- ۲- صادقی‌مقدم، دکتر محمدحسن (۱۳۷۹)، *مطالعه تطبیقی (تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد) و راه حل حقوق ایران*، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۵.
- ۳- _____ (۱۳۷۸)، *نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۴.
- ۴- محقق داماد، دکتر سیدمصطفی، (۱۳۷۲)، *اصل لزوم در عقود و مجاری آن در فقه امامیه*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۲.
- ۵- عبدالملکی، قاسم (۱۳۷۹)، *تعدیل قرارداد*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- ۶- کاظم‌آبادی، محمد (۱۳۷۷)، *تعدیل قرارداد*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق مجتمع آموزش عالی قم.
- ۷- کاظم‌نژاد، ناصر (۱۳۷۵)، *تعدیل قرارداد*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.