

Research Article

Examining the priority of the rule of prohibition of detriment over binding in the execution of contracts

Abdolkarim golgoun^۱, Hormoz asadi koohbad^۲, Mohammad rasoul
ahangaran^۳

Received: ۲۰۲۴/۰۶/۳۰

Accepted: ۲۰۲۴/۰۸/۱۶

Abstract

The principle of necessity in contracts means that people adhere to their obligations and agreements and consider them to be respectable and enforceable. The legislator also introduced these common principles and rules under the title of "General Rules of Contracts" and reviewed them. The first principle that the legislator has addressed in these articles is the principle of necessity, which is interpreted as "asala al-zoom" in jurisprudence. Despite the statement of the legislator as well as the contract parties regarding adherence to the contract, sometimes this adherence to the provisions of the contract causes some or all of the contract parties with acute problems or bear unusual losses, in such a way that the implementation of the contract for the individual impossible or suffered irreparable damage. It is in this case that there is a conflict between the principle of necessity and the circumstances of the accident, which is the rule of lahrij. In this research, which is analytical and descriptive, in this particular situation, which principle and rule is the right of way is investigated and the presentation of the rule based on multiple principles is introduced as the achievement of the research. On the one hand, in the reconciliation of the issue between Imamiyyah and Sunni jurisprudence, there is a difference between Ahl al-Nasth and Imamiyyah, including the non-rule of the principle of necessity on the Ma'atati contract, and on the other hand, the opposite of this opinion is the lack of rule of necessity on the principle of necessity up to the limit of the non-effect of the right resulting from rescission in the Majlis. And... It is essential for the government. However, the priority criteria of each jurisprudence based on ethics in the selection should be introduced on a case-by-case basis.

Keywords: jurisprudence, civil law, the rule of binding, contract, the rule of prohibition of detriment.

^۱ - PhD student, Department of Criminal Law and Criminology, Khuzestan Science and Research Campus, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.

^۲ - Assistant Professor, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. (corresponding author)
farajollahbarativ@gmail.com

^۳ - Professor of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Farabi Campus of Tehran University, Tehran, Iran.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

بررسی تقدم لاجرج بر اصالة اللزوم در اجرای قراردادها عبدالکریم گل‌گون^۴، هرمز اسدی کوه‌باد^۵، محمدرسول آهنگران^۶

چکیده

اصل لزوم در قراردادها به این معناست که افراد به تعهدات و توافقی‌های خود پای‌بند باشند و آنها را محترم و لازم الاجرا بشمارند. قانون‌گذار نیز این اصول و قواعد مشترک را تحت عنوان «قواعد عمومی قراردادها» معرفی کرده و به بررسی آن‌ها پرداخته است. اولین اصلی که مقتن در این مواد به آن پرداخته است اصل لزوم است که در فقه به «اصالة اللزوم» تعبیر شده است. علیرغم بیان قانون‌گذار و همچنین متعاقدين قرارداد مبنی بر پابندی به قرارداد، بعضاً این پابندی به مفاد قرارداد بعضی یا همه متعاقدين را با مشکل حاد و یا تحمل ضرر نامتعارف دچار می‌نماید، به گونه‌ای که اجرای قرارداد برای فرد ناممکن یا متحمل شده خسارتی غیرقابل جبران می‌کند. در این صورت است که بین اصل لزوم و شرایط حادث که قاعده لاجرج است، تعارض بوجود می‌آید. در این پژوهش که تحلیلی و توصیفی است، در این شرایط خاص این که حق تقدم با کدام اصل و قاعده می‌باشد مورد بررسی قرار می‌گیرد و تقدیم قاعده مبتنی بر اصول چندگانه به عنوان دستاورد پژوهش معرفی می‌گردد. از طرفی در تطبیق مسئله میان فقه امامیه و اهل سنت وجه افتراق بی‌ی از اهل سنت با امامیه شامل عدم حکومت اصل لزوم بر عقد معاطاتی و از طرفی مقابل این نظر عدم حکومت لاجرج بر اصل لزوم تا مرز عدم تأثیر حق ناشی از فسخ در مجلس و ... به جهت حکومت اصل لزوم می‌باشد.

واژگان کلیدی: فقه، قانون مدنی، اصل لزوم، قرارداد، قاعده لاجرج.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

^۴ - دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

^۵ - دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران. (نویسنده مسئول) farajollahbarativ@gmail.com

^۶ - استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱- مقدمه

در نظام حقوقی اسلام و ایران، باب معاملات از پرچنگال‌ترین مباحثی است که نظریه‌پردازان حقوق اسلام و ایران را به نقد و بررسی و تنقیح موضوعات آن واداشته است. در این میان، اصل لزوم در قراردادهای جایگاه ویژه‌ای دارد که بعد از بررسی شرایط و ضوابط صحت قراردادهای اولین مطلبی که شاید مدنظر می‌آید این است که؛ آن قرارداد، لازم است و تا زمانی که این لزوم خدشه‌دار نشده است، اصل اولیه «اصالة‌اللزوم» بر آن جاری و حاکم است. البته در اغلب متون اسلامی، این اصل را صرفاً در عقود معین جاری و ساری می‌دانند. اما امروزه، این اعتقاد در میان اکثر فقهای کنونی و حقوق‌دانان وجود دارد که اصل لزوم نه تنها بر عقود معین جاری است بلکه در عقود نامعین نیز اصل اولیه، اصل لزوم است.

۲- اصل لزوم قراردادهای در فقه

از دید فقه امامیه و حتی فقه اهل سنت، در عقود چه در معاملات و معاوضات، و چه در معاهدات-، اصل اولیه، لزوم است. نتیجه این اصل آن است که اگر در لزوم یا جواز عقد یا معامله‌ای شک کردیم، اصالة‌اللزوم جاری می‌شود؛ مگر این که دلیل خاصی حکایت از جایز بودن آن نماید. البته این جواز نیز ممکن است از یک یا از هر دو طرف عقد باشد. نخستین کسی که به این قاعده استدلال کرده است، علامه حلی (ره) است و دیگران نیز از وی تبعیت کرده‌اند (بجنوردی، سیدمحمد، ۱۳۷۲، ص. ۲۴۳).^۷

۲-۱- اصل لزوم قراردادهای در فقه امامیه (شیعه)

۲-۱-۱- معنا و مفهوم واژه «اصل»

عده‌ای از فقهای معتقدند که: در تمامی عقود، اصل اولیه، اصل لزوم است. در مقابل؛ عده دیگری قائل به اصل استصحاب شده‌اند و بر این باورند که: هر عقدی دارای اثری است و هر زمان که شک در وجود اثری کردیم که بر آن بار شده است، استصحاب را جاری می‌سازیم. زیرا استصحاب، «إبقاء ما كان على ما كان» می‌باشد.

شیخ انصاری نظریات فقیهان را درخصوص معنای اصل در چهار نظر مختلف، به شرح ذیل احصا نموده است:

۲-۱-۱-۱- معنای اصل، غلبه و رجحان است. بدین معنا که در اغلب موارد عقود لازم هستند نه جایز. (انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۱ ه.ق، ص. ۳۰۲) صاحب این نظریه مرحوم محقق کرکی است که در جامع المقاصد فی شرح القواعد در توضیح این جمله می‌گوید: «الاصل فی البیع اللزوم، به این معناست که بیع مبتنی بر لزوم است نه جواز، گرچه در بعضی افراد آن جواز عارض می‌شود یا این که در بیع ارجح این است که لازم باشد، با نظر به این که اکثر افراد بیع لازم می‌باشند». (کرکی، شیخ علی بن حسین، معروف به «محقق ثانی»، ۱۴۱۱ ه.ق، ص. ۲۸۲) ملاحظه می‌شود که محقق کرکی، اصل را به معنای غلبه و رجحان گرفته است.

۲-۱-۱-۲- اصل لزوم

همانند اصل طهارت و اصل براءت، قاعده‌ای است مبتنی بر کتاب و سنت و به هنگام شک، به آن رجوع می‌شود (انصاری، پیشین، ص. ۳۰۲). منظور از لزوم، عدم امکان رفع آثار عقود پس از احراز قانونی آنهاست و جواز، امکان آن است. اصل به معنای استصحاب می‌باشد. یعنی، در صورت فسخ یکی از متعاملین، ترتب آثار عقد مورد تردید قرار می‌گیرد و مقتضای قاعده استصحاب، بقای اثر عقد است و نتیجه آن، لزوم عقد خواهد بود (انصاری، پیشین، ص. ۳۰۳). این که معنای لغوی واژه بیع (خرید و فروش) و بنای عرفی و شرعی آن بر لزوم است. یعنی، مردم وقتی خرید و فروش می‌کنند، بنای آن‌ها بر آن است که مالک اولیه نسبت به مال، اجنبی شده و مطابق همین معنا، خیارات، حقی خارجی است که قابل اسقاط می‌باشد. از طرفی ممکن است این اصل شاخه‌ای از اصلی به نام التزام به قرار داد می‌باشد. (موسوی، نوجوان و علوی

^۷- البته همین بیان را شیخ انصاری (ره) در مکاسب از علامه حلی در ص. ۳۰۳ نقل کرده است.

۱۴۰۱ (ص ۱۰۳) و بیع همچون هبه نمی‌باشد که قابل رجوع است. زیرا قابلیت رجوع هبه، از احکام شرعیه و غیر قابل اسقاط است. معنای اصل در معانی چهارگانه فوق‌الذکر از لحاظ نتیجه فقهی و حقوقی یکسان نمی‌باشد. زیرا اگر اصل لزوم، قاعده‌ای مستفاد از کتاب و سنت باشد؛ مانند آیه «أوفوا بالعقود» (مائده/ سوره ۵، آیه ۱) و یا روایتی از قبیل «لایحل دم امرء الا بطیب نفسه» (حر عاملی، ج ۱۴، ص ۵۷۲) و «الناس مسلطون علی اموالهم» (علامه مجلسی، ج ۲، ص ۲۷۲؛ آهنگران ۱۳۹۶، ص ۳۰۹)؛ در این صورت، از ادله اجتهادی می‌باشد و مفاد آن نیز چون قاعده «لاضرر» کاشف از واقع می‌باشد. فلذا مفاد آن حکم واقعی خواهد بود. ولی چنان‌چه اصل لزوم، مستفاد از استصحاب باشد. در این صورت، از ادله فقهاتی است که هیچ‌گونه کشف از واقع ندارد؛ بنابراین؛ مفاد آن حکم ظاهری خواهد بود (المظفر، الشیخ محمدرضا، ۱۴۰۵ هـ.ق، ص ۱۱۴). این که نظر مختار نگارنده کدام یک از چهار معنای فوق‌الذکر است، ارائه نظر را به مباحث بعدی این پژوهش ارجاع می‌دهیم.

۲-۱-۲- تعریف واژه «عقد»

واژه عقد از جهت لغوی (بندر ریگی، ۱۳۶۸، واژه «عقد»)، به معنای «رَبَطَ» یعنی بستن و گره زدن ریسمان، به کار می‌رود و از جهت اصطلاح حقوقی و فقهی نظریه‌پردازان پیرامون آیه شریفه «أوفوا بالعقود» به شرح ذیل اظهار نظر کرده‌اند: شیخ انصاری عقد را مطلق تعهد دانسته است و عقد در آیه فوق را نیز به معنای هر عقدی قلمداد کرده است نه عقد معین و بخصوص؛ «فمنها قوله تعالی "أوفوا بالعقود" دل علی وجوب الوفاء بكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد كما فسره فی صحیحہ ابن سنان المرویه فی تفسیر علی بن ابراهیم او ما یسمى عقداً لغه و عرفاً» (شیخ انصاری، پیشین، ص ۳۰۴) یعنی شیخ انصاری معنای لغوی و عرفی عقد را در آیه ملحوظ داشته است و هر آن‌چه را که از دید عرف، عقد باشد، مشمول آیه «أوفوا بالعقود» دانسته است. امام خمینی (ره) نیز در کتاب بیع خود معنای عقد و تجارت را توسعه داده و نه فقط تمامی عقود و قراردادهایی که سبب ایجاد حق یا نقل ملکیت است بلکه تمامی قراردادهای خصوصی، معاوضات، معاطات و عقود معین را مشمول آیه و عنوان عقد و تجارت دانسته‌اند؛ «من هنا ممکن التوسع فی السبب الحق لكل ما هو سبب حق لدى العقلاء لتحصيل المال، كسائر المعاوضات العقلانیة غیر البیع... لكن الظاهر عدم اختصاص التجاره بالبیع، بل تشمل سائر المكاسب كالصلح و الاجاره و غیرهما...» (موسوی خمینی، ص ۶۳) همچنین این فقیه معاصر، تعهد را اعم از عقد می‌دانند. چرا که قائل‌اند؛ عهد اعم مطلق است.

صاحب کتاب ماوراء الفقه در بیان استدلال به آیات «أوفوا بالعقود» و «لا تأكلوا أموالكم بینكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم» (نساء/ سوره ۴، آیه ۲۹) می‌گویند؛ «این عناوین «عقود» و «تجارت» عناوین عرفیه می‌باشند. فلذا واجب است که ما تعاریف و مصادیق این عناوین را از عرف بازار اخذ نماییم... پس هر وقت که عرفاً معامله‌ای عقد یا تجارت باشد، صحیح بوده و وفای به آن واجب است؛ بلکه اگر معامله‌ای به گونه‌ای باشد که عرفاً بر آن صدق معامله و عقد نشود، داخل در موضوع آیات فوق‌الذکر نمی‌شوند و صحیح نمی‌باشد» (صدر، سید محمد، صص ۲۹۷-۲۹۸). با توجه به این که عقد، اول بار در امور محسوسه به کار می‌رفت ولی بعداً به‌طور استعاره نسبت به امور معنویه مانند معاملاتی از قبیل بیع و اجاره و امثال آن بین مردم رایج بود به کلیه عهدها و پیمان‌ها تعمیم یافت و از آن نظر که اثر معنای عقد که لزوم و التزام است در این موارد وجود داشت؛ لذا این کلمه «عقد» بر آن‌ها اطلاق شد (حجتی کرمانی، محمدجواد، ج ۹، ص ۲۹۴).

عقد (که همان عهد است) بر همه پیمان‌های دینی که خداوند از بندگانش گرفته منطبق است. اعم از این که ارکان و اجزای دین باشد مثل توحید و سایر معارف اصلی و اعمال عبادی یا احکامی که «تأسیسی» یا «امضایی» از جمله عقود و معاملات تشریع شده باشد. (حجتی کرمانی، محمدجواد، ج ۹، ص ۶) با توجه به نظرهای بزرگان و نظریه‌پردازان معلوم است که لفظ عقد فقط بر عقود معهود مثل بیع و اجاره و... که از جمله عقود معین می‌باشند، اطلاق نمی‌شود؛ بلکه به عقود نامعین نیز غیر از عقود معهود صدق می‌کند. بلکه اصلاً در صدق عقد نیازی به صدور لفظ از جانب عاقد نمی‌باشد و همان‌طور که در بیان

حضرت امام خمینی(ره)، شیخ انصاری و سید محمد صدر و دیگران آمده است، معاملات و معاوضات که با داد و ستد انجام می‌گیرد نیز عنوان عقد بر آن صدق می‌کند که جهت تأیید و تأکید مطلب، ذیلاً به بیان چند نمونه از آراء فقها و علما می‌پردازیم. عقد در صورت کلی آن از دو وجه بهره می‌برد. یکی از آنها: عقدی که حداقل دو اراده داشته باشد، مانند عقود بیع، اجاره، شرکت و سایر عقود است که در آنها ایجاب مستلزم قبولی است.

دوم: عقد با یک اراده که به آن عقد با اراده واحد گفته می‌شود- در اصطلاح امروزی- چنان که به صرف پیشنهاد طرف قرارداد منعقد می‌شود، پس خود را ملزم به عقد می‌کند. عقود قسامه و نذر و نقل و انتقال از نظر حنابله تنها به اراده واگذارنده در صورت کامل بودن انتقال گیرنده منعقد می‌شود(ابن قدامة، ج ۴، ص ۴۶۸). از نظر حنبلیان ضمان به اراده ضامن منعقد می‌شود. به تنهایی(ابن قدامة، ج ۴، ص ۴۸۰، ۴۸۱) و وقف بر امری غیر معین (مثل فقیر و مساجد) به توافق فقها از عقود وصیت واحده است و وقف بر معین از جمله عقود است. عقود وصیت مجرد از نظر برخی فقها و به عقیده برخی با دو اراده است(ابن قدامة، المغنی، ج ۵، ص ۴۹۱ وما بعدها).

وصیت به غیرمعین از عقود وصیت فردی- مانند وصیت به غیرمعین- بنابر توافق فقها محسوب می‌شود و در مورد وصیت به شخص معین، طبق قانون فاقد پذیرش است. اکثریت فقها و در قول ضمنی مالک(شیخ علیش، ج ۴، ص ۶۴۸)^۸ که وصیت با فوت منعقد می‌شود (یعنی فوت موصی) و این امر قبل از قبول تصمیم گرفته می‌شود. هبه از نظر برخی از فقه‌های حنفی از جمله شیخ الاسلام خواهرزاده، الکاسانی و البابریتی، عقد اراده فردی محسوب می‌شود(کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶، ص ۱۵۵). ثواب در واقع یکی از عقود اراده فردی است و بر حسب حنابله دلالت بر وجوب دارد(ابن قدامة، المغنی، ج ۴، ص ۴۸۳). زیرا فقط منوط به شرطی است و آن این است که گیرنده کار لازم را انجام دهد در صورت تحقق این شرط. بخشنده موظف است بر اساس اراده یک جانبه خود اجرت المثل را برای کارگر انجام دهد، در اینجا می‌توان گفت که ثواب با پذیرش ضمنی کارگر از انجام کار لازم محقق شده است(سلام مدکور، المدخل للفقهِ الإسلامی، ص ۵۷۶). در این بیان اشاره می‌شود که شرط زبانی «یعنی آن چیزی که بر زبان طرف قرارداد می‌آید» در واقع دلیل است، یعنی وجود آن مستلزم وجود است، همان‌گونه که عدم آن بر خلاف شرط شرعی، مستلزم عدم است. وجود آن اقتضای وجود آن را ندارد و شاید القرافی اولین کسی باشد که به این حقیقت پی برده است(قرافی، الفروق، ج ۱، ص ۶۳)، قرافی این شرط زبانی را این‌گونه بیان کرده که شوهر: اگر وارد خانه شوی طلاق گرفته‌ای پس. ورود به خانه مستلزم طلاق است و دخول نکردن مستلزم عدم طلاق است. مادامی که شرط زبانی در واقع دلیل باشد، صرف شرط دادن دهنده- حتی قبل از معلوم شدن مفعول- بر خود دلیل بر عقد جعاله محسوب می‌شود و چون تعلیق به اراده یک جانبه بوده است. عطا کننده، آنگاه با اراده یک طرفه او جعله منعقد می‌شود و به محض تحقق شرطی که وام دهنده شرط کرده است، جعاله لازم است، چون شرط عقل لسانی به این صورت است. ارائه کردیم. هم‌چنین متذکر می‌شود که تلقی کارگر به طور ضمنی ایجاب دهنده مشکل است زیرا فقها(ابن قدامة، المغنی، ج ۳، ص ۵۶۳ وما بعدها؛ ابن عابدین، حاشیة، ج ۴، ص ۵۲۷؛ فتح القدیر، ج ۵، ص ۷۸) عموماً مقرر می‌دارند که در صورت حضور دو طرف قرارداد بدون حضور دو طرف در جلسه قرارداد، قبولی در رابطه با پیشنهاد در جلسه قرارداد صادر شود. فاصله‌ای که آنها را از هم جدا می‌کند و اگر یکی از آنها غایب باشد باید به محض این که ایجاب به اطلاع او رسید، نظرش با وجود اختلاف مشهور فقها در مورد پذیرش بدون وقفه، مرتبط باشد. شورای قرارداد(نهاية المحتاج الرملی، ج ۳، ص ۸؛ محتاج الرملی، ج ۳، ص ۸؛ حاشیة ابن عابدین، ج ۴، ص ۵۲۷ به بعد؛ المغنی، ابن قدامة، ج ۳، ص ۵۶۳ به بعد؛ مواهب الجلیل، ص ۳۴۰)^۹.

^۸- منح الجلیل علی مختصر خلیل للشیخ علیش ج ۴ ص ۶۴۸، ومالك یری أن القبول شرط فی صحۃ الوصیۃ ومعنی ذلک أنها تنعقد بإرادة الموصی وحدها ولكن لا تتم إلا إذا رضی الموصی له منعاً للمنة.

^۹- شافعی‌ها شرط می‌کنند که قبولی بلافاصله پس از صدور بدون وقفه به ایجاب متصل شود، هرچند اندک باشد، ولی در عین حال برای پذیرنده، خيار مجلس را تأیید کرده‌اند. از این بدهات ضرری به او نمی‌رسد. حنبلی‌ها عدم بدهات را می‌بینند، اما- برخلاف حنیفه- پذیرنده یعنی قبول کننده اختیار دارد.

۳-۱-۲- معنا مفهوم واژه «لزوم»

در تعریف عقد گفته‌اند «العقد عبارة عن العهد المؤكد». یعنی، همه ملزم هستند که طبق عقد و عهد خویش عمل نمایند. در قدیم، «بیعت» نیز از جمله مصادیق عقد بوده است و کسی که بیعت را می‌شکسته، ناقض البیعه اطلاق می‌شده است. در مورد عقود نیز در عالم تشریع، نوعی ابرام و استحکام وجود دارد. از این‌رو، وقتی عقدی مستحکم و مبرم شد، طرف دیگر عقد نمی‌تواند آن را منحل سازد زیرا در تشریع، از او سلب قدرت شده است. گرچه در عالم تکوین بتواند چنین کاری را بکند زیرا قاعده کلی است که «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً». پس، وقتی که شارع مقدس گفت تو را غیر قادر می‌بینم، وی قدرت و توان شرعی خود را شرعاً از دست داده است. به عبارت دیگر، از لحاظ تشریعی، فسخ آن عقد که ابرام و استحکام درخور شأن آن است، غیرممکن گردیده است.^{۱۰}

لزوم از ماده لَزَمَ بوده و از لحاظ لغوی به معنای واجب‌شدن، دوام پیدا کردن، چسبیدن و به گردن گرفتن است (بندر ریگی، همان، واژه «لَزَمَ») ^{۱۱} که تماماً یک نوع دوام و همیشگی تعهد را بر ملتزم می‌رساند. این واژه با معنای اصطلاحی که در فقه دارد، همسو است. زیرا که در این معنا، عبارت است از صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی که اقدام‌کننده به آن‌ها نتواند با قصد یک طرفه خود، آن را فسخ کند (ماده ۱۸۵ ق.م.). همین معنی در اصطلاح «اصاله اللزوم» مقصود است (ماده ۲۱۹ ق.م.). عکس حالت بالا را جواز می‌گویند. لزوم و جواز عقود و ایقاعات از مسایلی نیست که با تأسیس قانون‌گذاری از قانون‌گذاران پدید آمده باشد. یعنی از احکام تأسیسی نیست بلکه امضایی است. یعنی هر قرارداد و هر ایقاع از زمانی که بین بشر پدید آمده است، از همان زمان، با توجه به طبیعت مصلحت راجع به همان قرارداد یا ایقاع، لزوم یا جواز آن هم بین طرفین قرارداد روشن بوده است. دلیلی بر تأسیسی بودن آن‌ها وجود ندارد، حال آن که دلیل امضایی بودن آن‌ها از بدیهیات است. نظر اغلب فقیهان بر تأسیسی بودن لزوم و جواز است (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۲، ۶، ص. ۵۸۸).

البته دکتر لنگرودی ادعای تأسیسی بودن لزوم را از نظر فقها کرده‌اند. لیکن تمامی فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم نیستند. بلکه عده‌ای مثل محقق قمی و اکثر فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم و جواز احکام می‌باشند و دلیل ایشان «وفوا بالعقود» و دلیل «استصحاب» است (جیلانی قمی، همان، ج. ۲، ص. ۵۲۹). ولی بعضی دیگر قائل‌اند «احسن الوجوه فی اللزوم هو ان بناء البيع علی اللزوم فاذا ورد دليل الامضاء كفى... مقتضى البيع عرفاً لزومه دائماً» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ ق، ص. ۵۹۵). ملاحظه می‌شود که محقق قمی لزوم بیع (البته مطلق عقد این‌گونه است و ذکر بیع خصوصیت موردی ندارد بلکه به قول حضرت امام (ره) در کتاب بیع، ذکر بیع به خاطر این است که آن، مصداق اعلاى عقود و معاملات می‌باشد. را ناشی از عرف می‌داند و صرف دلیل امضا، کفایت بر لزوم بیع خواهد کرد. بعضی از علمای اخیر نیز سعی کرده‌اند از دو مکتب بالا مکتب مختلطی به وجود آورند و لزوم و جواز عقود را معلول عرف و عادت با دستور شارع بدانند؛ یعنی هم تأسیسی بدانند و هم امضایی (نه تأسیسی خالص و نه امضایی خالص) هر چند که نهایتاً به مکتب اول نزدیک‌تر شده‌اند (خوانساری نجفی، ۱۳۷۶ ه.ق، ج. ۲، قم، صص. ۶۰ و ۱۰-۱۱).

بعضی از علمای دیگر نیز بین عقود لازمی که با صیغه و لفظ منعقد می‌شوند و عقودى که به صورت معاطات انجام می‌گیرند، تفکیک قائل شده‌اند؛ «الاجاره من العقود اللازمة لاتنفسخ الا بالتقایل او شرط الخيار لاحدهما او كليهما اذا اختار الفسخ، نعم الاجاره المعاطاتيه جايه يجوز لكل منهما الفسخ...» (طباطبایی یزدی، پیشین، ص. ۵۸۲). ایشان معتقدند که در اجاره معاطاتی اجاره جایز است ولی سایر علما مانند آیت‌ا... خوبی اعتقاد دارند که «بعید نیست لزوم» آن، و آیت‌ا... قمی معتقدند: «الظاهر لزومها» و آیت‌ا... خوانساری بر این عقیده‌اند که: «الاقوى لزومها» و حضرت امام رضوان‌الله تعالی علیه نیز در خصوص معامله معاطاتی نظری دارند که در ادامه متعرض آن خواهیم شد.

پس‌گرفتن آن مانند شافعیان. مالکیان اقدام فوری یا اختیار فسخ مجلس را انجام نمی‌دهند، بلکه لزوم را ترجیح می‌دهند. پیشنهاد پس پیشنهاد دهنده حق پس‌گرفتن آن را ندارد مادامی که شورا هست.

^{۱۰} - توضیح ماهنامه «کانون»: به نظر می‌رسد تمسک به قاعده «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» در خصوص موضوع قابل تأمل باشد.

^{۱۱} - بندر ریگی، همان، واژه «لَزَمَ».

۲-۲- اصل لزوم قراردادهای در فقه عامه (اهل سنت)

اصل لزوم قراردادهای در فقه اهل سنت نیز حاکم است و در تمامی عقود و قراردادهای، اصل اولیه را لزوم می‌دانند. مگر در بعضی موارد خاص که با دلیل از عموم ادله اصالة اللزوم خارج باشد. در فقه اهل سنت نیز مستند لزوم قراردادهای، آیه شریفه «وفوا بالعقود» و آیه «حرمت» و آیه شریفه «احل... البیع...» ذکر شده است و همچون فقه امامیه، اصالة اللزوم منوط به صحت قرارداد از دید شرعی دانسته شده است. آن طوری که عبدالرحمن الجزیری در کتاب «الفقه علی المذاهب الاربعه» خویش بیان می‌کند، برای لزوم عقد شرایطی لازم دانسته شده است که برای هر کدام از عاقد و معقود علیه شرایطی قید کرده است که مجموعاً می‌توان گفت که تمامی شرایط صحت معامله بایستی جمع باشد تا عقدی را بتوان به صفت لزوم متصف نمود. به گونه‌ای که ایشان قائل‌اند: «من هذا تعلم ان كل عقد لازم، فهو صحيح و ليس كل صحيح لازماً كما في بيع الصبی فانه صحيح غير لازم و كل صحيح منعقد و بالعكس» (الجزیری، عبدالرحمن، ص. ۱۶۸)

ملاحظه می‌شود که لزوم عقد را منوط به صحت عقد دانسته و به بیان دیگر، عقد صحیح اعم از عقد لازم می‌باشد و اصالة الصحه نیز اعم از اصالة اللزوم دانسته شده است. البته ایشان در جای دیگر، بر لزوم عقد در صورت داشتن تمام شرایط صحت، تصریح دارند «و الاصل في عقد البيع ان يكون لازماً حتى استكمل شرائطه...» یعنی «در عقد بیع، اصل این است که لازم باشد اگر شرایط بیع به نحو کامل وجود داشته باشد» (همان ص ۱۶۹)

در فقه عامه نیز معاطات را عقدی لازم می‌دانند، ولی عده‌ای (بعضی از ائمه مذاهب اربعه) قائل‌اند که معاطات در اشیای کم ارزش و ناچیز لزوم ندارد و نیازی به صیغه لفظی و کلامی در آن نمی‌باشد. ولی برخی، در هر حال، معاطات را چه در اشیای کم ارزش و چه اشیای گران قیمت و ارزشمند مثل پارچه‌های گران قیمت، عقدی صحیح می‌دانند و آن را لازم برمی‌شمارند. بیان ابن قدامة در فقه عامه حکایت از همین تفاهم عرفی در خصوص داد و ستد دارد.

«اگر ایجاب و قبول لفظی، شرط صحت عقود باشند؛ پس لازم می‌آید که بیشتر عقود که میان مسلمانان رایج است، فاسد و در دارایی‌های آنان تصرف حرام صورت گیرد. ولی اگر ایجاب و قبول از مقوله‌ای باشد که دلالت بر تراضی کند؛ همانند آن چه که بیانگر داد و ستد و تعاطی است، فعل جانشین لفظ می‌شود».

امام غزالی نیز با این که شافعی مذهب است و در مذهب شافعی معاطات جایز نیست، به این مطلب گرایش نشان می‌دهد. ذیلاً آراء مذاهب مختلف اهل سنت در خصوص معاطات و لزوم عقد، به طور اجمال، ذکر می‌شود:

حنفی‌ها: قائل به انعقاد بیع به محض ایجاب و قبول هستند. این ایجاب و قبول نیز می‌تواند با قول یا فعل انجام گیرد. شافعی‌ها: معتقدند که ایجاب و قبول با لفظ و فعل می‌تواند انجام گیرد، ولی معاطات را صرفاً در اشیای کم ارزش جایز می‌دانند و در غیر از اشیای کم ارزش معاطات اعتبار ندارد (الجزیری، عبدالرحمن، ص ۱۶۹).

مالکی‌ها: قائل به تفصیل شده‌اند؛ یعنی اگر در بیع، لفظ با فعل ماضی باشد؛ مثلاً بایع بگوید «بعت هذه السلعة و المشتري؛ اشتریت، فان البیع ینعقد به و یکون لازماً فلیس لواحد منهما حق الرجوع فیه لا قبل رضا الآخر و لا بعد، حتی لو حلف انه لا یقصد البیع و الشراء...». اما اگر لفظ امر باشد، عقد بیع واقع می‌شود ولی در لزوم آن اختلاف وجود دارد. عده‌ای قائل‌اند که حق رجوع برای بایع وجود دارد، لیکن بر او لازم است که قسم یاد کند که قصد خرید نداشته است. بعضی نیز نظرشان این است که همان طور که در لفظ ماضی لازم می‌شود، عقد بیع لازم می‌شود و دیگر حق رجوع و فسخ نخواهد داشت.

مراد این که؛ اهل سنت نیز معنای لزوم را عدم رجوع و عدم جواز فسخ بعد از عقد بدون رضایت طرف دیگر عقد می‌دانند. بنابراین، تمامی مذاهب اربعه اهل سنت نیز بر لزوم به معنای فوق‌الذکر اتفاق دارند. حتی بعضی از مذاهب آن طور که از کلامشان بر می‌آید (مالکی‌ها)، چنان بر جریان اصالة اللزوم تکیه دارند که حتی خیار مجلس را نیز نمی‌پذیرند و معتقدند که به محض این که بایع گفت (بعت هذه السلعة) و مشتری بگوید «اشتریت با لفظ ماضی بیع منعقد می‌شود و لازم

می‌شود و هیچ‌کدام از طرفین عقد، حق رجوع ندارند؛ نه قبل از رضایت دیگری و نه بعد از رضای دیگری؛ حتی اگر سوگند یاد کند که قصد بیع یا شراء نداشته است...» (طباطبایی یزدی، همان، ص ۵۸۲)

مالکی‌ها و حنفی‌ها معتقدند که خيار مجلس در عقد وجود ندارد و اعتباری ندارد، با این تفاوت که حنفی‌ها معتقدند که خيار مجلس با شرط خيار در عقد ممکن است و ثابت می‌شود، اما مالکی‌ها قائل‌اند که این شرط نیز عقد را فاسد می‌کند و در توجیه بیان می‌کند که حدیث شریف «البیعان بالخيار ما لم يفترقا، فهو و ان كانت رواية صحيحة الا ان عمل اهل المدينة كان على خلافه، و عمل اهل المدينة مقدم على الحديث و ان كان صحيحا»، لانه فی حکم المتواتر الموجب القطع، بخلاف الحديث فانه و ان كان صحيحاً لکنه خبر آحاد ليفيد الظن، فالاول مقدم عليه».

گذشته از رد نظر مالکی‌ها مبنی بر حجیت اجماع (الجزیری، عبدالرحمن، ص ۱۷۳) (به معنایی که آن‌ها اراده کرده‌اند، و توجیه حدیث شریف) ملاحظه می‌شود که اصل لزوم در فقه اهل سنت نیز ساری و جاری است، به گونه‌ای که بعضی بزرگان اهل سنت چنان قائل به استحکام آن اصل هستند که حتی خيار مجلس که مستند به حدیث نبوی است را مخالف این اصل می‌دانند و حتی شرط خيار مجلس را نیز موجب فساد عقد می‌دانند، چون به ادعای آن‌ها خلاف مقتضای عقد است. موضوع دیگری که در فقه اهل سنت مطرح می‌باشد، این است که مبدأ زمان لزوم عقد چه موقع است؟ آیا بعد از منقضی شدن زمان و فرصت اعمال خيار یا از ابتدای وقوع عقد؟

غیر از مالکی‌ها اغلب مذاهب عامه نظرشان این است که درخصوص خيار مجلس «متی تم العقد و تفرقا لزوم البیع» (همان، ص ۱۷۲) ولی مالکی‌ها معتقدند که لزوم از زمان وقوع عقد است و اصلاً قائل به صحت خيار مجلس نمی‌باشد. ضمن سؤال فوق، این پرسش در فقه اهل سنت قابل طرح و بحث است که آیا بایع در زمان خيار، حق مطالبه ثمن را دارد و آیا مشتری نیز در زمان خيار، حق مطالبه قبض مبیع را از بایع دارد یا خیر؟

در این خصوص نیز بین ائمه مذاهب اربعه اختلاف است. مالکی‌ها معتقدند که بایع حق ندارد ثمن را از مشتری در مدت زمان خيار مطالبه نماید و حنفی‌ها نیز با همین عقیده موافق است.

اما شافعی‌ها و حنبلی‌ها اعتقاد دارند که مطالبه ثمن در مدت خيار، از ملکیت تبعیت می‌کند و همان‌طور که حکم می‌شود که مبیع، ملک یکی از آن دو است، حکم می‌شود که ثمن نیز ملک دیگری است. مثلاً اگر خيار برای مشتری باشد، مبیع، مملوک اوست و در زمان خيار، از ملکیت او خارج نگردیده است. لذا، ثمن در این حالت، ملک مشتری است. بنابراین بایع حق مطالبه ثمن را ندارد؛ همین‌طور که مشتری نیز حق مطالبه مبیع را ندارد. اما چنانچه خيار برای مشتری باشد، در این صورت، مبیع نیز، مملوک اوست. پس ثمن نیز مملوک بایع است. بنابراین، بایع می‌تواند ثمن را مطالبه نماید و مشتری نیز حق مطالبه مبیع را خواهد داشت. حنبلی‌ها: بین ثمن معین و غیرمعین تفصیل قائل شده‌اند و در ثمن معین، قائل به حق مطالبه هستند و در غیرمعین، حق مطالبه را نمی‌پذیرند. بدین معنا که؛ اختلاف ائمه مذاهب اهل سنت در حقیقت، در زمان انتقال ملکیت به واسطه عقد می‌باشد. آن‌هایی که معتقدند؛ ملکیت به محض ایجاب و قبول و تحقق تمامی شرایط صحت عقد، منتقل می‌شود، قائل‌اند که از آن زمان نیز، اصالة‌اللزوم جاری است و هریک از طرفین عقد ملتزم به تعهدات خویش هستند و حق رجوع و نقض عقد و تعهد خویش را ندارند. عده‌ای که عقیده خلاف دارند نیز به تبع، انتقال ملکیت را از زمان انقضای مدت خيار می‌دانند. فلذا اصالة‌اللزوم نیز از آن زمان جاری است و التزام و پای‌بندی به تعهدات ناشی از عقد نیز از زمان انقضای مهلت و مدت خيار شروع می‌شود.

۳- اصل لزوم در قراردادهای فقه و حقوق

با توجه به این که قانون مدنی از فقه امامیه الهام گرفته است و در شیوه قانون‌گذاری طوری عمل شده که نظر مشهور به شکل ماده قانونی تدوین گردیده است، و همچنین از آن‌جا که از زمان گذشته در بحث فقهی عقود یک سری عقود معین با شرایط و خصوصیات ویژه به ذهن متبادر می‌شد، این سؤال مطرح است که اصل لزوم قراردادهای نیز که ریشه در فقه دارد، آیا صرفاً پیرامون عقود معین است؟ بدین معنا که؛ اصالة‌اللزوم محدود به عقود معین است و در این خصوص ساری

و جاری است؛ لیکن با قدری تأمل و تفحص به این فرضیه می‌رسیم که دلایل مستند اصالة اللزوم در عقود، و اطلاق و عموم ادله و خود لفظ عقد، عقود نامعین را نیز شامل می‌شود.

با قدری تفحص و تدقیق در مواد قانون مدنی ایران، ملاحظه می‌شود که هر جا در قانون مدنی از مفهوم اصل و مدلول آن استفاده شده است، مثل «اصل عدم تبرع در ماده ۲۶۵ ق.م.» و «اصل تسلیط در ماده ۳۰ ق.م.» و مدلول «اصل صحت در ماده ۲۲۳ ق.م.»؛ واژه اصل، اصطلاحاً با معنای لغوی آن که ریشه و پایه است (جعفری لنگرودی، پیشین، ش ۳۴۷)، همخوانی دارد. زیرا در تمامی موارد مذکور، اصل به معنای قاعده کلی و مبنای اولیه به کار برده شده است؛ الا این که به دلیل خاصی، استثنا شده باشد. اصل لزوم نیز اصطلاحاً همین معنا را دارد. زیرا غالب عقود که بین افراد جامعه واقع می‌شود، عقد لازم هستند (نه عقد جایز) و مدار زندگی نیز بر عقود لازم است. لذا، از این غلبه، اتخاذ اصل کرده‌اند و گفته‌اند: هر عقدی نسبت به متعاقدين و قائم مقام آنان لازم‌الاتباع است (یعنی قابل فسخ و انحلال نیست)، جز در مواردی که قانون تصریح کرده باشد^{۱۲} و مراد از عبارت «اصالة اللزوم در عقود» همین معنا می‌باشد (جعفری لنگرودی، پیشین، ش. ۳۹۹).

لزوم، صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی است که اقدام‌کننده‌ی به آن‌ها نتواند به قصد یک طرفی خود آن را فسخ نماید (ماده ۱۸۵ ق.م.). به عکس حالت فوق نیز جواز می‌گویند.

بنابراین؛ معنای لغوی لزوم یعنی «پای‌بند بودن، ادامه‌یافتن، دوام‌یافتن، دوام‌پیدا کردن»^{۱۳} و معنای اصطلاحی لزوم نیز با معنای لغوی آن مطابقت دارد؛ زیرا، قاعده اصالة اللزوم از قواعد تأسیسی نیست، بلکه امضایی می‌باشد، و چون الفاظ به‌کاررفته در آن نیز حقیقت شرعیه ندارند، پس در دریافت معانی واژه‌ها باید به معانی مستعمل عرفی آن‌ها مراجعه نمود، و معنای عرفی لزوم، همان پای‌بند بودن به عقد و مفاد آن می‌باشد. یعنی مادامی که دلیل خاصی آن را از بین نبرده باشد، عقد دوام دارد و مستدام است. البته التزام به مفاد عقد را با لزوم آن نباید خلط کرد. گرچه معمولاً این دو مفهوم همراه یکدیگرند. یعنی طرفین عقد، هم ملتزم به مفاد عقد هستند و هم حق بر هم زدن عقد را ندارند. ولی از لحاظ تئوریک بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن فرق است. لزوم عقد، متعاقدين را از فسخ عقد منع می‌نماید و ایشان (طرفین عقد) را ملزم می‌کند که به آن چه به‌وجود آورده‌اند، پای‌بند باشند. اما التزام به مفاد عقد، بدین معنا است که تا پیمان و تعهدی وجود دارد، بایستی از آن اطاعت شود؛ تفاوتی ندارد که آن پیمان لازم یا جایز باشد. معنا و مفهوم التزام به مفاد عقد نیز این است که ماعقد فی عقد؛ خواه تعهدی لازم یا جایز باشد، قابل احترام است.

به همین دلیل است که قانون مدنی ایران، قراردادها را جایز و لازم شمرده است (ماده ۱۸۴ ق.م.) و یا این که عقد ممکن است نسبت به یک‌طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز (ماده ۱۸۷ ق.م.) و در عقد لازم نیز ممکن است یکی از دو طرف به حکم قانون، حق فسخ آن را داشته باشد، و گاهی نیز عقد، برای هر دو طرف تا مدتی قابل فسخ است (خیار مجلس، خیار حیوان به استناد مواد ۳۹۷ و ۳۹۸ ق.م.) و در عقد هم ممکن است برای یکی از دو طرف یا هر دو و حتی شخص ثالث، «شرط خیار» شود.

وجوب از نظر حقوق دانان اثباتی به این معناست که یکی از دو طرف بعد از عقد نمی‌تواند از قید آن خارج شود مگر اینکه بر فسخ آن توافق کنند. طرفین نمی‌توانند قرارداد را از بین ببرند و یا آن را اصلاح کنند. ضرورت یک ایده اساسی و ضروری در قراردادها است و بدون آن قرارداد از بین می‌رود و مهمترین مزایای آن در ایجاد تجارت و کسب زندگی است.

^{۱۲} ماده ۲۱۹ ق.م.: عقود که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

^{۱۳} ماده ۹۵۴ ق.م.: کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود، و همچنین به سفه، در مواردی که رشد معتبر است

الزام آور قانونی و فقهی است و مقصود از الزام قانونی آن چیزی است که از التزام متعاهدین به مفاد معامله ناشی می‌شود بدون اینکه خود عقد مستلزم لازم الاتباع باشد که مستلزم جواز شرط فسخ و شرط قبولی عزل است. مانند: الزام در بیع، اجاره، مسافه و غیره.

مقصود از الزام فقهی آن تعهدی است که از ذات و ماهیت معامله ناشی می‌شود که موجب عدم پذیرش فسخ یا ابطال آن و عدم امکان شرط بطلان در آن می‌شود. مانند ازدواج، هدیه غرامت یا یکی از بستگان. (حاشیه ابن عابدین ۵: ۷۴، ۱۰۶)

شبهه در وجوب یا جواز عقد چهار قسمت است:

اول: شک در وجوب یا جواز عقد در حد شبهه در حکم، مانند شبهه ای که در عقد سهمیه و جای دیگر در لازم یا جایز بودن آن پیش می‌آید.

ثانیاً: شبهه معتبر در این که آیا عقد صادره از سوی معامله گران با وجود عدم اطلاع از خاص بودن آن، از عقود مباح است یا از عقود لازم.

ثالثاً: شک در اینکه آنچه واقع شده، خارج از عقد بوده است، اگر چه لازم باشد، لیکن در شرط خیار و عدم شرط آن شک واقع شده است. گویی می‌دانستیم بیع واقع شده است، اما در وجود شرطی در عقد مذکور که به یکی از آنها در شرایط و شرایط خاصی حق فسخ را می‌دهد، تردید داشتیم.

چهارم: شک در وجوب یا جواز عقد در صورت وقوع شرایط اضطراری که مستلزم تزلزل یا ابطال یا تعدیل آن است، مانند عدم امکان انتفاع از مال مورد اجاره یا وقوع حالتی که مانع یکی از آنها شود. طرفین قرارداد قادر به اجرای قرارداد نباشند. در همه اینها - به جز روش دوم - قاعده و اصل وجوب است مگر اینکه دلیلی وجود داشته باشد که ایجاب بر جواز آن باشد. و اما دستور دوم، دلیلی بر وجود اصالت ذات در آن وجود ندارد.

صحت الزام مستلزم موارد زیر است:

۱- فسخ یا نقض آن جایز نیست، اگر یکی از دو طرف قرارداد آن را زیر پا بگذارد، موجب مسؤولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد می‌شود، در این صورت، طرف دیگر متضرر شده است. حق طرح شکایت نزد حاکم مشروع.

۲- اجبار به اجرای عقد جایز است؛ زیرا اجرای عقد حق مالکیت شخصی است که تعهد به او تعلق می‌گیرد و ایفای این حق از طرق مختلف برای او جایز است و فقها نیز اجبار اجباری که از اجرا امتناع می‌ورزد جایز دانسته اند. عقد اعم از اینکه قهری از طرف خود او باشد یا اگر امرش به او تسلیم شده از طرف حاکم باشد. (میرزا قمی ۲: ۹۴۰، عوائد الایام: ۱۳۶، الاصابات ۲: ۳۶، انوار الفقها ۵: ۱۹۸، المکاسب ۳: ۵۳، منیه الطالب ۳: ۱۰۴، الفارق ۴: ۱۳، المبسوط السرخسی ۱۸: ۱۲۴، حاشیه ابن عابدین ۵: ۷۴، ۱۰۶، الوسیط فی شرح القانون مدنی ۱: ۶۳۴، مقدمه فقهی عمومی ۱: ۴۴۴ در منابع. فقه اسلامی ۱۱۱: ۱)

۴- قاعده لاجرح

به استناد ادله قطعی از جمله آیات و روایات متعدد، قاعده لاجرح محرز بوده و عموم فقها بر قطعی و مسلم بودن آن نظر دارند و بنا به عقیده مشهور با اعمال قاعده لاجرح، الزام برداشته می‌شود. با توجه به این که می‌دانیم اکثر احکام به نوعی با دشواری و مشقت همراه هستند چگونه اصل رعایت و عمل به احکام واجب با قاعده لاجرح جمع می‌شوند؟ از طرفی اصل لزوم قراردادهای به عنوان ضامن استحکام عقود و معاملات تقریباً در همه نظام‌های حقوقی و حقوق ملی کشورها از جمله در حقوق ایران و مشخصاً ماده ۲۱۹ قانون مدنی مورد توجه و احترام قرار گرفته است. قاعده لاجرح و نظریات مشابه آن از جمله نظریه تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قراردادهای، نظریه حوادث پیش‌بینی نشده و نظریه دشواری به عنوان استثنائی بر اصل فوق، امکان تعدیل و تجدید نظر در قرارداد و یا حتی فسخ آن را میسر می‌سازد. دشواری و مشقت غیر معمول، و نه ناممکن شدن اجرای تعهد، عنصر اصلی و اساسی قاعده و نظریه‌های فوق را تشکیل داده و موجب تمیز

آن‌ها از سایر معاذیر اجرای قراردادهاست (محمد صدقی بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزی ۱۴۲۴، ج ۹، ص ۴۰). هم قاعده لاجرح و هم نظریه‌های مذکور، موافقان و مخالفانی دارند که هر کدام استدلال خود را در تأیید و رد قاعده و نظریه‌ها بیان نموده‌اند؛ از جمله دلایل موافقان، استناد آن‌ها به شرط ضمنی، لزوم رعایت حسن نیت، برهم خوردن تعادل عوضین و سوء استفاده از حق می‌باشد و در مقابل، مخالفان نظریه نیز ضمن نقد دلایل موافقان، مقتضای مصالح اقتصادی و اجتماعی را پابندی به اصل لزوم قراردادهای دانسته‌اند. در نظام حقوقی ما به نظر می‌رسد با توجه به اصول، قواعد و مبانی موجود از جمله قاعده قطعی و مسلم لاجرح، استفاده از آن در احکام مورد قبول قرار گرفته و در برخی از قوانین نیز صراحتاً به آن استناد شده است. اما توسعه آن به عنوان یک قاعده عمومی در حقوق قراردادهای مورد شناسایی قرار نگرفته است؛ با این حال مبانی و مفاد قاعده نه تنها اعمال آن را در حقوق قراردادهای توجیه می‌کند بلکه به پذیرش نظریه تأثیر تغییر اوضاع و احوال در حقوق ما کمک شایانی می‌نماید. اجمالی نیز در مورد دیدگاه فقهای عامه وجود دارد و آن اینکه؛ آنان این قاعده را به مقداری توسعه داده‌اند که تمام تخفیف‌ها و ترخیص‌هایی که در شریعت وجود دارد، همه از مصادیق قاعده لاجرح است. از این معنا که اگر آب نبود باید تیمم کرد، اگر رفتیم سفر باید نماز قصر بخوانیم، اگر کسی مریض شد باید افطار کند و روزه نگیرد، اگر کسی نمی‌تواند نماز ایستاده بخواند باید نشسته نماز بخواند، در هر موردی که برای انسان یک اضطراری وجود دارد، تمامش را از موارد قاعده لاجرح قرار داده‌اند.

سپس یک تقسیم‌بندی شکلی کرده‌اند که بیشتر در کتب آنها وجود دارد و در کتب ما نیست. آنها تخفیفات را به اقسام سبعة تقسیم کردند - که کتاب‌هایی که در این زمینه وجود دارد را آقایان ملاحظه می‌فرمایند - اجمالاً وقتی انسان به فقه عامه مراجعه می‌کند، آنها از لاجرح خیلی موسع‌تر از آن چه که در فقه امامیه است، استفاده نموده‌اند.

۵- دلایل تقدم قاعده لاجرح بر ادله اولیه

هرچند که بنا به دلیل حکم عقل و تواتر معنی اخبار و ظاهر آیات قرآن کریم، در اعتبار و وجود قاعده نفی عسر و حرج تردید نیست، اما احکام بسیاری در شرع وجود دارد که تکالیفی شاق و توأم با عسر و حرج را مقرر می‌سازد. مانند وجوب روزه در روزهای طولانی و گرم، وجوب حج و وجوب جهاد و مقابله با شجاعان و عدم گریز در برابر آنان. اما عسر و حرج در این گونه احکام موجب نفی آنها نمی‌شود، در عین حال، در برخی موارد مانند وجوب وضو و غسل با کمترین مشقت، تکلیف ساقط می‌گردد. ذیلاً به اختصار دلایل تقدم این قاعده بر سایر ادله اولیه را ذکر می‌کنیم.

۱-۵- امتنانی بودن قاعده نفی عسر و حرج:

برخلاف قاعده مالایطاق، قاعده نفی عسر و حرج قاعده‌ای امتنانی است. (شریفی و صفری ۱۳۸۹، ص ۹) به این معنا که نفی عسر و حرج از باب لطفی که خداوند تعالی بر بندگان خود روا داشته است، می‌باشد. بنابراین در صورتی تکلیف به سبب عسر و حرج ساقط می‌شود که سقوط آن لطف بر بندگان محسوب شود. به همین سبب، آنجا که تحمل سختی و مشقت لازمه حفظ حیات فرد یا جامعه است، و یا برای تهذیب نفس و کسب کمالات ضرورت داشته باشد، رفع آن با امتنان توأم نیست، در نتیجه، تکلیف توأم با چنین مشقتی به موجب قاعده نفی عسر و حرج ساقط نمی‌شود. برخلاف عقیده برخی از فقهاء، امتنانی بودن قاعده با عقلی بودن آن منافات ندارد. زیرا در غیر مورد تکلیف مالایطاق که حکم عقل در مورد منفی بودن آن قطعی و منجز است، در سایر موارد، حکم عقل در مورد قبح تحمیل عسر و حرج مشروط به آن است که تحمل مشقت و سختی، هیچ فایده‌ای برای تحمل‌کننده آن به همراه نداشته باشد، درحالی که باتوجه به حکیم بودن شارع و مبتنی بودن احکام شرع بر مصالح و مفاسد، وجود تکلیف بیهوده در شرع غیرممکن است (یزدی نیا و لامع ۱۳۹۱، ص ۱۴۲). یکی از نتایج مهم امتنانی بودن قاعده نفی عسر و حرج آن است که هرگاه سقوط تکلیف به موجب این قاعده مستلزم ایجاد عسر و حرج یا ضرر برای دیگری باشد، قاعده مذکور بی اثر می‌گردد.

۲-۵- تخصیص

نسبت قاعده لاحرج به مجموع ادله عامه و مطلقه، نسبت خاص به عام می‌باشد. بنابر این در مقام اجتماع بر همه آنها مقدم خواهد بود. زیرا بر اساس قاعده اصولی در تعارض عام و خاص، خاص را بر عام مقدم می‌دارند و عام را تخصیص می‌زنند. مثلاً: چنانچه دلیلی مانند «اکرم العلماء» بر وجوب اکرام تمام علما دلالت نماید، و از طرف دیگر دلیل دیگری مانند: «لا تکرّم الفساق من العلماء» از اکرام عالم فاسق نهی نماید، در این صورت وجوب اکرام را مخصوص عالم غیر فاسق نموده و عموم را تخصیص می‌زنند (انصاری، ۱۳۹۴: ج ۳، ص ۲۷۳). لازم به ذکر است که عسر و حرجی که پیش از وجود آن حرام را تسهیل و جواز می‌کند، مخصوص چیزی است که برای آن شرط نشده است، ولی اگر قرآن یا سنت، عملی را که مستلزم عسر و حرج و مشقت است، تصریح کرده باشد - و شرع به آن امر دستور نمی‌دهد. مستلزم عسر و حرج است - پس این عسر و حرج تخفیف نمی‌پذیرد و جواز آن جایز نیست (ابوالحارث الغزلی ۱۴۲۴، ۱۰، ص ۶۳۴).

۳-۵- جمع بین الدلایل

برخی معتقدند تقدم قاعده بر ادله احکام بدین جهت است که اگر عمومات را مقدم بداریم، موردی برای قاعده باقی نمی‌ماند ولی اگر قاعده را بر ادله عامه مقدم سازیم، موارد حرجی برای عمومات باقی می‌ماند و در نتیجه به هر دو دلیل (ادله اولیه و قاعده لاحرج) عمل شده است و این خود موجب ترجیح قاعده بر ادله می‌باشد، هرچند که نسبت بین آن دو، عموم و خصوص من وجه باشد.

اگر گفته شود: هرگاه بعضی از عمومات را به وسیله قاعده لاحرج تخصیص بزنیم و به عموم بعضی دیگر عمل نماییم، این محذور رفع می‌گردد، در پاسخ باید بگوییم که تخصیص بعضی از عمومات نه بعض دیگر، محتاج به مرجع است و چون مرجعی در بین نیست، بناچار باید یا تمام عمومات را تخصیص بزنیم یا عموم تمام عمومات را محفوظ بداریم و قاعده را نادیده بگیریم و چون عمل نکردن به قاعده موجب حذف آن می‌باشد، لذا باید آن را حفظ کنیم و ادله عامه را کلاً تخصیص بزنیم.

اما این توجیه باعث نمی‌شود که قاعده مقدم گردیده و به عمومات کلاً تخصیص وارد شود. بلکه لازمه آن، تعارض ادله اولیه با قاعده می‌باشد که موجب تساقط هر دو خواهد بود (یزدی نیا و لامع ۱۳۹۱، ص ۱۴۸). چنانچه عامی در مقابل دو مخصص قرار بگیرد و عمل کردن به هر دو مخصص بعلت استغراق تمام افراد عام ممکن نباشد و از طرف دیگر بعلت عدم مرجع عمل کردن به یکی از مخصص‌ها و رها کردن دیگری، موجب ترجیح بلا مرجع باشد، در این صورت مابین عام و خاص‌ها تعارض بوجود آمده و تساقط می‌کنند.

۴-۵- حکومت

مرحوم شیخ انصاری در «قاعده لاضرر» که ملاکش با «قاعده لاحرج» یکی است می‌نویسند: این قاعده بر تمام ادله‌ای که با عموم و اطلاق خود مثبت حکم ضرری هستند حکومت دارد و بر آنها مقدم است، مثلاً ادله لزوم عقود و سلطنت بر اموال، و وجوب وضو بر کسی که واجد آب است، و حرمت ترافع نزد حکام جور و امثال آن که با عموم و اطلاق خود موارد ضرر را نیز شامل هستند، توسط این قاعده، به موارد غیر ضرری مخصوص می‌شوند. سپس در بیان مراد از حکومت می‌فرماید: «حکومت آن است که یکی از دو دلیل با مدلول لفظی خود متعارض حال دیگر باشد که حکمی را برای چیزی اثبات کند و یا از آن نفی نماید».

مرحوم آخوند نیز در شرح کلام فوق اضافه نموده‌اند: هرگاه دلیلی متعارض دلیل دیگری نباشد و فقط حکم واقعی را نفی کند، نمی‌تواند حکومت پیدا کند، بلکه بمانند سایر ادله تقدمش محتاج به مرجع است.

مرحوم نائینی هم بنا بر نقلی که از ایشان شده می‌فرماید: تحقیق در معانی حکومت این است که گفته شود: هیچ لزومی ندارد که دلیل حاکم بمانند «ای» تفسیریه دلیل محکوم را تفسیر کند. چنانچه در بعضی از کلمات شیخ دیده می‌شود و الا غالب موارد حکومت از تعریف خارج می‌شوند. مثلاً امارات که حکومت بر اصول اربعه دارد، هیچ شرح و تفسیری در آن دیده نمی‌شود و نیز لزومی ندارد که دلیل حاکم متعارض حال محکوم باشد. زیرا در مثال حکومت امارات بر اصول

هیچ تعرضی در الفاظ امارات نسبت به اصول نشده است. بلکه همین مقدار که، دلیل حاکم، در موضوع و یا محمول دلیل محکوم نفیاً و اثباتاً تصرف کند کافی است و این تصرف به چهار شکل می‌باشد:

۱- تصرف در موضوع اثباتاً؛ مانند جمله «زید عالم» است آنجا که زید در واقع عالم نیست او را ه تعبداً وارد موضوع «اکرم العلما» می‌کند یعنی در موضوع این حکم تصرف می‌نماید و اکرام بر او واجب می‌شود.

۲- تصرف در موضوع نفیاً؛ مانند جمله «شک کثیر الشک، شک نیست» که اینگونه شک را تعبداً از موضوع احکام خارج نموده و در آن تصرف می‌نماید و در نتیجه احکام شک بر آن جاری نمی‌گردد.

۳- تصرف در محمول اثباتاً؛

مانند جمله «طهارت مستصحبه طهارت است» که تعبداً این حالت را وارد حکم طهارت می‌کند و در نتیجه احکام طهارت بر آن جاری می‌گردد.

۴- تصرف در محمول نفیاً؛

مانند جمله «حکم ضرری جعل نشده است» که در اطلاق محمول ادله اولیه تصرف نموده و آنرا بموارد غیر ضرری اختصاص می‌دهد مانند اینکه وجوب وضو به موارد غیر ضرری مخصوص می‌شود.

اینها توجیهاتی بود که در معنا و شرائط حکومت دلیلی بر دلیل دیگر در کلمات گروهی از علما «رضوان الله علیهم» آمده است که ما آنها را بطور خلاصه و فشرده در اینجا آوردیم اینک به بحث اصلی خود در مورد قاعده لاجرح که یکی از موارد حکومت می‌باشد برمی‌گردیم و مسئله را اینگونه مطرح می‌کنیم که آیا قاعده لاجرح بر ادله اولیه مقدم است یا خیر؟ و در صورت تقدم جهت آن چیست؟

مقدمتاً مناسب است اختلافی را که در استظهار از جمله «لاضرر و لا ضرار» و جمله «لا غلط» شده نقل کنیم. مرحوم شیخ در استظهار از اینگونه جملات می‌نویسد: چون بطور مسلم نفی حقیقت مراد نیست پس باید مقصود از آن نفی احکام ضرری باشد یعنی شارع مقدس حکمی را که مستلزم ضرر باشد جعل نکرده است و سپس به مواردی از آن به عنوان مثال اشاره فرموده که در پاورقی عین آن ذکر می‌شود. و مرحوم آقای آخوند نیز در این مورد می‌فرماید: در این جملات که موضوع نفی شده است باعتبار نفی احکام شرعیه آن است نه خود موضوع حقیقتاً.

این دو قول، در نتیجه، فرقی با هم ندارند، جز در موضوعاتی که حکم شرعی نداشته باشند تا آنها بلحاظ حکم شرعی نفی شوند. مثلاً در اطراف علم اجمالی که عقل به احتیاط حکم می‌کند، نمی‌توان گفت که چون احتیاط در تمام اطراف شبهه موجب حرج است، بنابر این احتیاط منتفی است. وجوب احتیاط در موارد علم اجمالی، عقلی می‌باشد نه شرعی، و شارع مقدس نیز هنگامی موضوعی را به اعتبار حکم، نفی و یا اثبات می‌کند که حکم در اختیار او باشد، ولی طبق فرمایش شیخ، شارع مقدس می‌تواند هر حکمی را که وجوب آن مستلزم ضرر یا حرج باشد، جعل نکند یا امضاء نفرماید، که وجوب احتیاط در موارد علم اجمالی نیز از جمله آنها است.

اما آنچه که بحث را برای ما تسهیل می‌کند و از زحمت استظهار می‌کاهد، این است که «قاعده» لا حرج مانند قاعده لاضرر نیست که بر حسب ظاهر، موضوع حکم مورد نفی قرار گرفته باشد تا آن اختلاف که - بین مرحوم شیخ و آخوند است - در آن نیز بیاید. بلکه چنان که از آیه شریفه (وما جعل علیکم فی الدین من حرج...) و احادیثی که در آنها به این آیه شریفه تمسک شده است، به وضوح روشن است که از همان ابتدا، نفی متوجه حکم حرجی شده است (انصاری، ۱۳۹۴: ج ۳، ص ۲۷۴).

لذا با توجه به این مطالب و کلیه مبانی که در تقدم قاعده بیان شده است، می‌توان گفت که قاعده لاجرح بر ادله اولیه مقدم است. اعم از این که جهت تقدم، نظارت دلیل حاکم به دلیل محکوم یا امتنان و یا لغویت خاص - در صورت عدم عمل به آن - یا هر عنوان دیگر باشد، به هر صورت همه این ملاک‌های تقدم در قاعده لاجرح موجود بوده و تقدم آن مسلم و خالی از اشکال می‌باشد.

۶- قاعده و شمول آن نسبت به محرمات:

عده‌ای از محققین که در قاعده لاجرح تحقیقاتی دارند، مدعی شده‌اند که: اساس این قاعده آیه شریفه (وما جعل علیکم فی الدین من حرج...) می‌باشد و امامان معصوم علیهم‌السلام هم برای نفی عسر و حرج در موارد عدیده به آن تمسک جسته‌اند. این موضوع ظهور در عمومیت قاعده دارد و محرمات را نیز شامل می‌شود، چه گناه صغیره و چه کبیره باشد. اما علماء رضوان‌الله علیهم به عموم آن ملتزم نبوده و به آن عمل ننموده و نمی‌نمایند. به خصوص اگر مراد از حرج، حرج شخصی باشد. در هیچ موردی مشاهده نشده که عالمی برای کسی که ترک آن حرجی است، به جواز زنا با ذات‌بعل (زنی که شوهر دارد) فتوی داده باشد، یا جواز سایر محرمات و ترک واجبات مانند نماز برای کسی که خود را در ترک محرمات، و عمل به واجبات مهم در حرج ببیند. مطلقاً قاعده‌ای که به جهت امتنان و لطف برای امت اسلامی تشریع شده است، نمی‌تواند خود موجب فساد و خلاف امتنان واقع شود.

مرحوم شیخ انصاری معتقد است: ادله لاضرر هم همانند «لا حرج» بر ادله اولیه حکومت دارند و آنها مخصوص موارد غیر حرجی می‌گردند. ظاهر این کلام شامل محرمات نیز می‌باشد، یعنی: ادله محرمات نیز با قاعده لاجرح تخصیص می‌یابند (انصاری ۱۳۹۴: ج ۳، صص ۲۷۴ به بعد).

بنابراین، آیاتی که دلالت دارند پروردگار متعال حکم حرج را جعل نفرموده یا آن را اراده نکرده است، در اموری که وجودشان مطلوب است، ظاهر می‌باشند. مانند نماز که وجودش مطلوب و مورد اراده است. ولی در موارد حرج، جعل نگردیده است و بر خلاف اموری که ترک آنها مطلوب است، مشمول آیات نفی حرج نمی‌گردد.

۷- تقدم قاعده لا حرج نسبت به اصل لزوم در قراردادها

اصل اولیه‌ای که در اکثر نظام‌های حقوقی در رابطه با قرارداد پذیرفته شده است «اصل قداست قرارداد»^{۱۴} است. این اصل لازمه هر قراردادی است؛ زیرا طرفین قرارداد را ملزم به اجرای تعهدات خود می‌کند و از منافع تعهد حمایت می‌نماید. این در حالی است که اگر طرفین قرارداد ملزم به اجرای تعهدات قراردادی خود نباشند، یک قرارداد نمی‌تواند به لحاظ اقتصادی نقش مؤثری ایفا نماید. از طرف دیگر اجرای مفرط این اصل به نتایج متضادی با آنچه که هدف از اعمال آن بوده، می‌انجامد؛ زیرا در برخی مواقع شرایطی پیش می‌آید که اجرای قرارداد را غیرممکن یا به‌طور فوق‌العاده دشوار می‌کند و ملزم دانستن متعهد به اجرای تعهداتش امری بر خلاف عدالت است. شود این حوادث در اصطلاحاً این معاذیر را معاذیر قانونی می‌نامند از جمله مهم‌ترین این معاذیر قانونی می‌توان به دکتترین عقیم شدن قرارداد^{۱۵}، عسر و حرج، فورس مازور^{۱۶} و هاردشیپ^{۱۷} اشاره کرد. هر کدام از این نظریات ضمن این که دارای شباهت‌هایی با یکدیگر هستند، ولی در عین حال تفاوت‌هایی نیز با هم دارند.

قاعده لا حرج از احکام ثانویه است که بر احکام اولیه حکومت واقعی دارد (بجنوردی، ۱۳۸۷: ۲۷۶/۱) «مراد از «حکومت» معنای خاص و مصطلح آن در علم اصول فقه می‌باشد (مشکینی، ۱۳۴۸: ۱۲۳)، که نتایج و آثار فراوانی به دنبال خواهد داشت. به منظور درک بهتر موضوع، ذکر یک مثال ضروری است. روزه ماه مبارک رمضان بر تمام بندگان بالغ واجب است. اما خداوند در آیه شریفه ۱۸۵ سوره مبارکه بقره می‌فرماید: «... وَ مَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...»، «... و کسی که بیمار یا در سفر باشد تعدادی از روزهای دیگر (را به مقدار آنچه فوت شده روزه بدارد) . خداوند برای شما آسانی می‌خواهد و برای شما دشواری نمی‌خواهد، ...». لذا اگر بیمار سخت حال یا مسافر، روزه بگیرد، خلاف حکم خداوند عمل کرده است.

^{۱۴}-Pacta sunt servanda.

^{۱۵}-contract of Frustration.

^{۱۶}-Force majeure.

^{۱۷}- Hardship.

در قوانین ایران نیز عسر و حرج به کار رفته است که می‌توان به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اشاره کرد که بر اساس آن در مواردی که ادامه زندگی زناشویی، زوجه را در وضعیت عسر و حرج قرار دهد، می‌تواند با مراجعه به محکمه و اثبات عسر و حرج درخواست طلاق نماید (صفایی، امامی، ۱۳۸۸: ۲۱۲). قاعده لا حرج موجب عدم لزوم عقد می‌شود؛ زیرا در اکثر این موارد، لزوم عقد برای طرف متضرر موجب عسر و حرج می‌شود. البته باید توجه داشت که در این موارد، عسر و حرج علت حکم نیست، بلکه حکمت تشریع است. از این رو حکم دایر مدار آن نیست. به همین سبب حتی در مواقعی که لزوم معامله موجب عسر و حرج نمی‌شود، حق فسخ معامله از بین نمی‌رود. در باره قاعده لا حرج، در فقه نیز می‌توان به مواردی اشاره کرد؛ از جمله: به عقیده برخی از فقهاء استعمال لفظ در انشای ایجاب و قبول عقد، شرط صحت عقد می‌باشد، لیکن در مواردی که استعمال لفظ برای طرفین قرارداد یا یکی از ایشان معتذر باشد، یا تعلیم تلفظ به آن الفاظ برای ایشان موجب مشقت باشد، شرطیت این امور ساقط می‌شود و انعقاد عقد با اشاره یا با استعمال الفاظ دیگر مجاز می‌گردد (موسوی، ۱۳۸۰: ص ۸-۹).

ضابطه تشخیص قاعده لا حرج در برخی موارد شخصی و در مواردی نوعی است. برای مثال؛ در نفی حکم جهاد از بیماران، ضابطه شخصی مد نظر است، ولی در مواردی دیگر مانند قصر نماز و تشریع تقیه، ضابطه نوعی می‌باشد (حبیبی، ۱۳۹۱: ۲۸۴). در خصوص این که در قاعده لا حرج چه نوع مشقتی مراد است، باید گفت که مطلق مشقت و عسری که در اکثر تکالیف وجود دارد، منظور نیست، بلکه مراد مشقت و سختی شدیدی است که به طور معمول قابل تحمل نباشد (قاسمی، ۱۳۸۷: ۱۳۷). عده‌ای نیز برای عسر و حرج، عرف را ملاک قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ج ۲، ش ۲۵۵ و نراقی، ۱۸۷). گروهی نیز معتقدند که منظور مشقتی است که عرفاً غیرقابل تحمل باشد (محمدی، ۱۳۸۳: ۲۰۱ و مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۱۷۴). برخی هم بر این باورند که عسر و حرج، تنها عمل به تکلیفی را منتفی می‌کند که موجب عسر باشد (کامیار، ۱۳۷۶: ۲۸). به طور خلاصه می‌توان گفت که مراد از قاعده لا حرج این است که خداوند آسایش را برای بندگان خواسته و نه سختی و گرفتاری، بنابر این، حکمی که توأم با سختی و تنگنا و مشقت باشد، مجعول پروردگار متعال نمی‌باشد.

۸- نتیجه

قاعده لزوم شامل همه قراردادهای اعم از قراردادهای معهود و معین که در فقه دارای شرایط و ارکان و عناصر خاصی است و قراردادهای نامعین یا بی‌نام که در فقه عنوان خاصی ندارند، می‌شود. مواد ۱۰ و ۲۱۹ ق.م. نیز که بیانگر اعتبار و لزوم تمامی قراردادهایی است که مخالف قانون نباشد، صرفاً جهت اعتبار و لزوم قراردادهایی می‌باشد که شرایط صحت را دارند. بنابر این اصل الزوم صرفاً در جایی جاری می‌شود که قرارداد کافه ارکان و عناصر صحت قرارداد را داشته باشد؛ یعنی ابتدا اصل الصحة بر آن حکومت داشته باشند. بنابر این، جایی که صحت و اعتبار قرارداد محرز باشد، ماده ۲۱۹ ق.م. و قاعده اصل الزوم بر آن جاری می‌گردد و در این صورت آن قرارداد را لازم‌الاتباع می‌دانیم. البته قاعده مادامی حکومت و تقدم بر سایر قواعد و اصول از جمله لا حرج دارد که دلیل خاصی آن را از این قاعده مستثنا نکرده باشد.

اما چنانچه حادثه‌ای بدون دخالت طرفین قرارداد، به صورت ناگهانی، پس از انعقاد قرارداد رخ دهد و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را به طور قابل ملاحظه نسبت به زمان انعقاد آن قرارداد دگرگون نماید که در نتیجه این دگرگونی، اجرای قرارداد ناممکن شود یا در مواردی نیز هدف از اجرای قرارداد از بین برود، باید به قاعده لا حرج تمسک نمود. قاعده لا حرج به این مفهوم است که هر گاه حکم اولیه‌ای مشتمل بر مشقت یا خسارت نامتعارف بر مکلف باشد، آن حکم به موجب این قاعده منتفی می‌گردد.

لازم به ذکر است که دلالت لا حرج بر مستثنی شدن اصول یک مسئله اجماعی میان فقهای عامه و امامیه می‌باشد. ضوابطی که لا حرج را بر اصل لزوم به عنوان یک قاعده مرجح می‌نماید می‌تواند در پاره‌ای از مسائل نوعی باشد، و در پاره‌ای از مسئل شخصی باشد. البته تلفسیق ضوابط شخصی و نوعی نیز از مرجحات حکم این باب متصور است. لذا در جمع ضوابط مذکور رأی صاب و برگزیده اینست که مشقتی می‌تواند اصل لزوم در قرارداد را مورد خدشه قرار دهد که

نوعاً نسبت به وضعیت طرف قرار داد قابل تحمل نباشد و فرد را متحمل زیان نماید. البته آنچه که معیار مادی زیان در این ترجیح می باد، بیش از یک چهارم قیمت کل معامله لاجرم را بر اصاله اللزوم ترجیح می یابد. این مسئله خود ضابطه و معیار جهت ترجیح ارائه می دهد. در جواب ترجیح حسن نیت طرف معامله باید این مسئله ذکر شود که حسن نیت زمانی مقدم است که بر پایه دفع ضرر باشد و حسن نیتی که کسب منفعت را بر دفع ضرر عظیم از دیگری ترجیح دهد، در حقیقت حسن نیتی که مورد حمایت باشد نیست. لذا پابندی به اصل لزوم در قراردادهای، به ترتیب در حسن نیتی که حامی کسب سود در قبال هر دو طرف باشد، بر لاجرم ترجیح دارد. اما حسن نیتی که مدافع کسب سود در قبال دفع ضرر عظیم از طرف دیگر باشد، ضابطه مدعی و منکر را منقلب نموده و لاجرم را بر اصل لزوم در قراردادهای ترجیح می دهد. البته بهتر است در اقسام معاملات نیز تمایز قائل شویم و احکما هر کی تفکیک گردد. اصل لزوم در قراردادهای تجاری مبنای حمایت باشد و در قراردادهای غیر تجاری یا در حوزه حقوق مصرف کننده، قاعده لا حرج معیار سنجش احکام قرار گیرند. (صالحی مازندرانی، خلیلی و کشاورز ۱۴۰۲، ص ۱۱۶)

لذا توصیه می گردد در قواعد عمومی قراردادهای، به مرجحات مقابله با اصل لزوم پرداخته شود تا مبنایی برای تعدیل در قراردادهای و پابندی به اصل لزوم در حوزه تقنین وجود داشته باشد. به عنوان مثال ذکر شود که مرجحات مقابل به اصل لزوم از قرار ذیل است: - ترجیح دفع ضرر عظیم مثلاً بیش از ربع قیمت حین معامله در مقابل حسن نیت در معامله. - عسرو حرج ناشی از عدم امکان اجرای موضوع قرارداد با ضابطه تلفیقی نوعی نسبت به شخص مورد تعهد. و از این قبیل.



منابع

۱. اخلاقی، بهروز. امام، فرهاد (۱۳۹۳)، المللی اصول قراردادهای تجاری بین، تهران، شهر دانش.
۲. امامی، اسداله (اسفند ۱۳۶۴)، نقش اراده در قراردادهای، فصلنامه حق، مرکز مطالعات حقوقی و قضایی وزارت دادگستری.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱ق)، مکاسب، قم، چ ۱، المنشورات دار الذخائر.
۴. انصاری، مرتضی (۱۳۹۴)، فرائد الاصول، قم، چ ۴، مطبوعات دینی.
۵. آهنگران، محمد رسول. (۱۳۹۷). بازخوانی فقهی حقوقی اصل لزوم در قراردادهای. پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۱۹(۲)، ۳۰۱-۳۱۸. doi: ۱۰.۳۰۴۹۷/law.۲۰۱۹.۲۳۷۳
۶. أبوالحارث الغزی، محمد صدقی بن أحمد بن محمد آل بورنو ۱۴۲۴، مَوْسُوعَةُ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ، مؤسسه الرساله، بیروت - لبنان، الطبعة: الأولى ۱۴۲۴ هـ - ۲۰۰۳ م.
۷. بروجردی (عبد)، محمد (۱۳۲۹)، حقوق مدنی، کتابفروشی علمی.

۸. بروجرودی (عبد)، محمد (۱۳۱۰)، اصول حقوقی دیوان عالی، ش ۵۳۶، ص ۱۶۴.
۹. بندر ریگی، محمد (تابستان ۱۳۶۸)، ترجمه منجدالطلاب، چ ۶، انتشارات اسلامی.
۱۰. بیات، محمدحسین (۱۳۹۱)، قاعده نفی عسر و حرج با تکیه بر آیات و روایات، فصلنامه سراج منیر، سال دوم، ۹ شماره.
۱۱. تلبا، مهدی (۱۳۹۴)، اعتبارات اسنادی، تهران، انتشارات مجد.
۱۲. توسلی جهرمی، منوچهر (تابستان ۱۳۸۵)، موارد رفع مسئولیت قرارداد در کنوانسیون بیع بینالملل و حقوق تطبیقی؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۲.
۱۳. الجزیری، عبدالرحمن، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، چ ۶، گنج دانش.
۱۵. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم (تابستان ۱۳۷۱)، جامع الشتات، با تصحیح مرتضی رضوی، چ ۱، کیهان.
۱۶. حبیبی، سیده زهرا (۱۳۹۱)، قاعده نفی عسر و حرج در سقط جنین درمانی، فصلنامه تعالی حقوق، شماره های ۱۷ و ۱۶، سال چهارم.
۱۷. حجتی کرمانی، محمدجواد، ترجمه تفسیرالمیزان، قم، انتشارات دارالعلم.
۱۸. خوانساری نجفی، شیخ موسی بن محمد (۱۳۹۲)، منیه الطالب، قم، چ ۳، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۹. راغب اصفهانی، حسین (۱۴۰۴ق)، المفردات فی غریب القرآن، بیروت، چ ۲، دار احیاء التراث.
۲۰. سیاح، احمد (۱۳۷۳)، ترجمه فرهنگ بزرگ جامع نوین (المنجد)، تهران، چ ۱۶، انتشارات اسلام.
۲۱. شریفی، سیدالهام الدین & صفری، ناهید (۱۳۸۹)، مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) اصول قراردادهای تجاری بین-المللی (یونیدروا) و حقوق ایران. دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی، (۱۸)، ۲۴-۳.
۲۲. صدر، سید محمد (۱۴۳۰ق)، ماوراء الفقه، بیروت، چ ۱، دارالاصول.
۲۳. صفایی، سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، چ ۱، ص ۳۲۲.
۲۴. صفایی، سیدحسین. امامی، اسدالله (۱۳۸۸)، مختصر حقوق خانواده، تهران، چ ۲۱، انتشارات میزان.
۲۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۷ق)، عروة الوثقی، قم، چ ۱، مؤسسه نشر اسلامی.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۰)، حاشیه مکاسب، قم، چ ۴، اسماعیلیان.
۲۷. قاسمی، محمد علی (بهار ۱۳۸۷)، بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسر و حرج، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۷.
۲۸. قانون مدنی ایران (۱۳۹۸)، تهران، چ ۶، معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، حقوق خانواده، ج ۲، تهران، انتشارات بهمن برنا.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، حقوق مدنی (ایقاع)، نشر میزان.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، کلیات حقوق نظریه عمومی، تهران، چ ۴، گنج دانش.
۳۳. کامیار، محمدرضا (۱۳۷۶)، اعمال قاعده عسر و حرج در حکومت قانون جدید، مجله حقوق و اجتماع، شماره ۶.
۳۴. کرکی، شیخ علی بن حسین (۱۴۱۱ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت.
۳۵. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳)، قواعد فقه، تهران، چ ۸، انتشارات میزان.
۳۶. مشکینی، علی (۱۳۴۸)، اصطلاحات الاصول، قم، چ ۲، انتشارات یاسر.

۳۷. مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰)، اصول الفقه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰)، قواعد الفقهیه، قم، چ ۳، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۷)، قواعد فقهیه، ج ۱، تهران، چ ۲، انتشارات مجد.
۴۰. موسوی، سیداحمد، نوجوان، علیرضا & علوی، سید محمد تقی (۱۴۰۱). قاعده التزام به قراردادهای پژوهش حقوق خصوصی، ۱۱ (۴۰)، ۹۳-۱۲۸، ۲۵۶۹۱۰۷۳، ۲۰۲۳، ۱۰.۲۲۰۵۴/jplr. doi: .
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۸)، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
۴۲. موسوی، ابراهیم (۱۳۸۰)، قاعده نفی عسر و حرج، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۴.
۴۳. میر محمدی، سید ابوالفضل (۱۳۶۶-۱۳۶۷)، مقالات و بررسی‌ها، تهران، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، شماره ۴۳ و ۴۴.
۴۴. نراقی، احمد (۱۳۷۵)، عوائد الایام، قم، چ ۱، بوستان کتاب قم.
۴۵. یزدی نیا، علی، & لامع، زهرا. (۱۳۹۱). کاربرد قاعده نفی عسر و حرج در موضوع مهر با رویکردی برنظر امام خمینی (س). پژوهشنامه متین، ۱۵ (۵۸)، ۱۳۷-۱۶۳.

١. Andrew, Neil, Contract law, Cambridge university press, ٢٠١١.
٢. Atiyah, Patrick. S, An introduction to the law of contract, Clarendon Press, ١٩٩٥.
٣. Barry, Niklas, the French Contract Law, Clarendon Press, Oxford, ١٩٩٢.
٤. Bund, Jennifer M, Force majeure Clauses - Drafting Advice for the CISG Commercial Law, Practitioner, Pace Institute of International, ١٩٩٨.
٥. Chengwei, Liu, Remedies for Non Performance: Perspective from GISG, UNIDROIT Principle & Pecl, Pace Law School Institute of International Commercial Law, ٢٠٠٣.
٦. Cheshire, G.C, Leong Phang, A.B, Furmston, M.P, Filfoot, C.S.H, Cheshire, Fifoot and Frumstons Law of Contract, London, Butterworths Asia, ١٩٩٤.
٧. Collins, Hugh, The law of contract, Cambridge university press, ٢٠٠٣.
٨. Gritsenko, Maria, Sanctions Force Majeure and Frustration of Contracts under English Law, Moscow, Bryne Cave, October ٢٠١٤.
٩. Harris, D, Tallon, D, Contract Law Today, Oxford, ١٩٨٩.
١٠. INCKX, A. H. PUEL, Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances A Comparative study in English, French, German and Japanese Law, ١٩٨٦.
١١. Lindstrom, Niklas, Changed Circumstances and Hardship in International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, ٢٠٠٦.
١٢. Litvinof, Saul, Force Majeure, Failure of Cause and Thorie de l'Imprévision: Louisiana Law and Beyond, Volume ٤٦ | Number ١, Louisiana Law Review, ١٩٨٥.
١٣. Mazzacano, Peter J, Force Majeure, Impossibility, Frustration & the Like: Excuses for Non-Performance; the Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG, Nordic Journal of Commercial Law, ٢٠١١. ٢١٤ مهدي
١٤. Nicholas, Barry, Force Majeure and Frustration, American Journal of Comparative Law, ١٩٧٩.

۱۵. Osadare, Babatunde, Force Majeure and the Performance Excuse: A Review of the English Doctrine of Frustration and ARTICLE ۲-۶۱۵ of the Uniform Commercial Code, university of Dundee, ۲۰۰۹.
۱۶. Perillo, Joseph M, Force Majeure and hardship under the unidroid principle of international commercial contract, Rome, ۱۹۹۶.
۱۷. Poule, Jill, Casebook on Contract Law, Oxford University Press, ۲۰۱۴.
۱۸. Southerington, Tom, Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade, Turkey, Faculty of Law of University of Turkey Private Law Publication ۲۰۰۱.
۱۹. Treitel, Guenter.H, The law of contract, London, Swee

