

تبیین مبانی تعدیل قضایی در مذاهب اسلامی

زینت جعفری فشارکی^۱، محمد جعفری فشارکی^۲
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۲۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۱۹)

چکیده

در همه نظامهای حقوقی، مفاد قرارداد برای طرفین الزام آور است با وجود این گاهی شرایط غیرقابل پیش بینی مانند جنگ، تحریم و... به وقوع می پیوندد که تعادل و توازن اقتصادی به شدت خدشه دار شده و اجرای تعهد برای متعهد هر چند غیرممکن نیست اما با دشواری و ضرر زیادی همراه است در چنین مواردی تعدیل قضایی قرارداد مطرح می شود که برای اثبات آن به قاعده لاضرر، نفی عسر و حرج، احادیث جائحه، فسخ اجاره به علت عذر مؤجر و مستأجر و قاعده «العقود تابعة للقصد» تمسک شده است. با بررسیهای انجام شده می توان نتیجه گرفت که احادیث جائحه و فسخ اجاره به علت عذر مؤجر یا مستأجر مورد پذیرش امامیه قرار نگرفته است و در میان مذاهب اهل سنت نیز حنفیها و شافعیها اعتقادی به جوائح ندارند. مالکیها و حنبلیها هم در میزان جائحه اختلاف دارند که قول مالکیها با تعدیل قضایی سازگاری بیشتری دارد. هم چنین جمهور فقهای شافعی، حنبلی و مالکی اعدار مستأجر و مؤجر را موجب فسخ نمی دانند، لکن در نظر حنفیها موجب فسخ می شود که در هر صورت این اعدار قابلیت توجیه تعدیل قضایی قرارداد را ندارد زیرا حتی در صورت پذیرش آن موجب فسخ قرارداد است نه تعدیل آن.

کلیدواژه‌ها: تعدیل قضایی، قاعده لاضرر، احادیث جائحه، عذر مؤجر و مستأجر.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی،

اصفهان، ایران (نویسنده مسئول) / z.jafari86@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران /

mfesharaki27@yahoo.com

طرح مسئله

قرارداد زاییده توافق دو اراده انشائی متقابل است و اصل لزوم بر قراردادهای در تمام نظامهای حقوقی پذیرفته شده است و این اصل ایجاب می‌کند که هیچ‌یک از طرفین نتوانند از اجرای تعهدات ناشی از آن سرباز زنند با وجود این گاهی به دلیل عدم پایداری شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد و بروز حوادث پیش‌بینی نشده در حین اجرای قرارداد، تعادل و توازن اقتصادی آن، به هم می‌خورد به گونه‌ای که اجرای مفاد آن موجب مشقت و سختی فراوان برای متعهد و در مقابل موجب سود بادآورده و غیرقابل تصور برای متعهدله می‌شود. در چنین حالتی برای متعادل ساختن نظم دگرگون‌شده قرارداد می‌توان از تعدیل قراردادی، قانونی و قضایی استفاده کرد. در تعدیل قراردادی، متعاقدین به هنگام انعقاد قرارداد تعدیل و توازن را پیش‌بینی می‌کنند. در تعدیل قانونی، قانون‌گذار بنا به مصالح اجتماعی و منافع عمومی بازبینی در مفاد قرارداد را لازم دانسته و اقدام به پیش‌بینی آن در قانون می‌کند. اما اگر قرارداد و قانون، موضوع را به سکوت برگزار کرده چاره‌ای جز تعدیل قضایی نیست که قاضی به استناد قاعده لاضرر، نفی عسر و حرج و... با هدف بازگرداندن توازن و برابری عرفی تعهدات آنان، عقد را مورد بازنگری قرار می‌دهد.

در حقوق ایران ماده قانونی که به صراحت قایل به پذیرش تعدیل قضایی باشد وجود ندارد و وجود چنین خلأ قانونی موجب تشمت آراء شده و برخی نیز آن را مخالف اصل لزوم قراردادهای می‌دانند. قانون مدنی مصر که برگرفته از فقه اهل سنت است در ماده ۱۴۷ آن، تعدیل قضایی را به رسمیت شناخته و اجازه تغییر در مفاد قرارداد را به قاضی داده است لکن نمی‌توان ماده مذکور را تعدیل قانونی نامید، زیرا گرچه مستند صریح قانونی بر امکان تعدیل وجود دارد اما مقرره مورد نظر بسیار کلی است و نحوه تعدیل و حدود و تعهدات و شرایط آن در قانون مشخص نشده و توسط قاضی معین می‌شود. بنابراین در تعدیل قضایی، دادرس به استناد مبانی فقهی، مفاد قرارداد بین افراد را پس از نابرابر شدن تعهدات آنها در اثر حوادث قابل پیش‌بینی مورد بازبینی قرار می‌دهد.

تعدیل قضایی قرارداد

تعدیل قضایی عبارت است از اینکه «قاضی به استناد حکمی کلی که در قانون آمده و به او چنین اختیاری داده و یا با استنباط از مواد مختلف قانونی یا قواعد حقوقی پذیرفته‌شده،

مفاد قرارداد منعقدہ بین افراد را پس از نابرابر شدن تعهدات آنها در اثر حوادث غیرقابل-پیش‌بینی، مورد بازبینی و تغییر قرار دهد» (بیگدلی، ۱۳۹۴ ش، ۲۶). برخی از حقوقدانان در تعریف آن گفته‌اند: «تعدیل قضایی به موردی گفته می‌شود که قاضی با استناد به شرط ضمنی عقد یا جلوگیری از بی‌عدالتی و ضرر یکی از دو طرف، مفاد قرارداد را تعدیل و متناسب با شرایط می‌سازد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ش، ۷۳/۳). هم‌چنین مطابق با ماده ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی می‌تواند با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر نیز تعدیل را انجام دهد. به بیان دیگر، تعدیل قضایی عبارت است از ایجاد موازنه و تعادل تعهدات متعاقبین توسط قاضی در شرایطی که حوادث غیرقابل‌پیش‌بینی، اجرای تعهد را برای متعهد با مشقت شدید همراه کند و تصریح و تعیین تکلیف مستقیم قانونی یا توافق طرفین هم وجود نداشته باشد که در این صورت نحوه تعدیل قرارداد و احراز شرایط و حدود تعهدات قراردادی بعد از تعدیل، توسط قاضی معین می‌شود و طرفین عقد ملزم به پذیرش شرایط تعیین‌شده بعد از تعدیل قرارداد هستند.

البته مسلم است که بحث تعدیل قضایی در عقود لازم (نه جایز) و در مواقعی مطرح می‌شود که بعد از حدوث حوادث پیش‌بینی‌نشده و متعسر شدن متعهد از اجرای قرارداد، متعهدله حاضر به توافق و سازش نباشد و در این صورت است که قاضی اقدام به تعدیل قرارداد می‌کند. هم‌چنین تعدیل قضایی در قراردادهای طویل‌المدت و مستمر تحقق پیدا می‌کند؛ زیرا ایجاد حوادث پیش‌بینی‌نشده و دشواری اجرای تعهد برای متعهد در مورد عقود که اثر و اجرای آن فوری است عقلاً امکان وقوع چندانی ندارد؛ زیرا طرفین بر اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد واقفند، مانند من به خانه رفتم.

لکن در عقود با اجرای طولانی مدت امکان بروز چنین وضعیتی معقول‌تر است. به عنوان مثال، در قرارداد پیمانکاری ساخت یک مجتمع مسکونی، پیمانکار تعهداتی را به لحاظ میزان و مدت انجام آن، بر عهده گرفته است که در حین اجرا با حوادثی مانند تحریم یا جنگ که موجب افزایش چندین برابر قیمت مواد اولیه می‌شود، روبه‌رو شده که در این صورت اجرای قرارداد اگرچه غیرممکن و محال نیست، اما آن‌چنان دشوار می‌شود که نه تنها هیچ نفعی از اجرای آن نمی‌برد؛ بلکه متحمل خسارات فراوان خواهد شد که از آنجا که در متن قرارداد چنین وضعیتی را پیش‌بینی نکرده بودند و از طرفی قانون هم این موضوع را به سکوت گذاشته، تغییر مفاد قرارداد توسط دادرس ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا از طرفی عقود لازم

به هیچ بهانه‌ای جز تراضی مجدد طرفین قابلیت تغییر نداشته و از سوی دیگر، عدالت و انصاف حکم می‌کند که اجازه داده نشود متعهدله به قیمت مشقت و سختی فراوان متعهد، به سود غیرمنتظره و بادآورده‌ای دست یابد.

با بررسی در آراء صادره از محاکم قضایی ایران می‌توان گفت حکم به تعدیل قرارداد در اثر حوادث پیش‌بینی نشده هیچ سابقه قضایی ندارد، اما با دقت در آراء صادره می‌توانیم به مواردی دست یابیم که بر اساس عسر و حرج ناشی از تعهدات قراردادی یا بر اساس عدالت و انصاف از طرف قضات احکامی به نفع متعسر صادر گردیده لکن ماده ۱۴۷ قانون مدنی کشور مصر که برگرفته از فقه اهل سنت است، به صراحت قائل به پذیرش تعدیل قضایی در قراردادها شده است که چنین مقرره‌ای در قوانین ما یافت نمی‌شود.

۱. روشهای تعدیل قرارداد توسط قاضی

انواع روشهای تعدیل قرارداد توسط قاضی عبارت است از:

- ۱- تجدیدنظر در شروط قرارداد و تطبیق آنها با شرایط و اوضاع و احوال جدید؛
- ۲- کاهش تعهدات متعهد؛
- ۳- افزایش تعهدات متعهدله؛
- ۴- تأخیر در اجرای تعهد یا تقسیط اجرای آن از موعد مقرر در قرارداد؛
- ۵- تغییر موضوع تعهد، در مواردی که موضوع تعهد رساندن ارزش معینی به متعهدله است؛ مثلاً در اثر نوسانات بازار مالی ارزش دلار ۱/۵ برابر می‌شود. در این صورت تعهد کارفرما به پرداخت ۱۰ میلیارد تومان هزینه اجرای قرارداد به دلار از طریق ارز خارجی دیگری مثل یورو انجام می‌شود و با این تعدیل از ضرر حادث جلوگیری می‌کند؛
- ۶- فسخ قرارداد، که هرگاه تعدیل قرارداد به دلایل موجهی ممکن و عملی نباشد، قرارداد فسخ می‌شود؛ مانند اینکه قیمت‌ها دائماً در حال افزایش باشد؛ به طوری که تعدیل مفاد قرارداد نیز نتواند آثار سوءبحرانهای شدید اقتصادی را از بین برده و زیانهای حاصله را به نحوی معقول و عادلانه جبران کند؛
- ۷- روش ترکیبی تعدیل تعهد که با استفاده از دو یا چند روش قبلی، تعدیل انجام می‌شود.

۲. تفاوت تعدیل قضایی با تعدیل قانونی

با توجه به تعریف ارائه شده برای تعدیل قضایی ممکن است گفته شود در این صورت تعدیل قضایی همان تعدیل قانونی خواهد بود و تفاوتی بین تعدیل قانونی و قضایی وجود ندارد، لکن چنین نیست؛ بلکه در تعدیل قانونی قانون گذار، خود مستقیماً و به طور صریح و در مورد معین و مشخص اقدام به پیش‌بینی چگونگی مداخله قاضی در قرارداد نموده است.

اما در تعدیل قضایی قانونگذار اقدام به تعیین مصداق و موضوع معینی، با شرایط ویژه و کاملاً معینی نمی‌کند؛ بلکه با حکمی به مجری قانون اجازه می‌دهد که هر گاه تعادل بین عوضین در قرارداد به طور اساسی دگرگون شده باشد، به تعدیل و برابر ساختن دو تعهد اقدام نماید یا اینکه حتی چنین تصریح کلی نیز وجود ندارد؛ بلکه قاضی با استفاده از مواد و احکام مختلفی که در ابواب مختلف قوانین وجود دارد، قاعده‌ای کلی را استنباط می‌نماید (سلطانیان، ۱۳۹۴، ش، ۴۵). برای تعدیل قانونی می‌توان به مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی و تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ با عنوان تعدیل مهریه و ماده ۵۲۲ قانون دادرسی مدنی با عنوان «خسارت تأخیر تأدیه» (تعدیل دین) و ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ اشاره نمود.

۳. عدم امکان اجرای قرارداد «فورس ماژور» و تمییز آن از تعدیل قرارداد

از جهت عملی «فورس ماژور» یا «قوه قهریه» یا «قوه قاهره» موجب غیرممکن شدن اجرای تعهد می‌شود؛ در حالی که در تعدیل قرارداد، حادثه پیش‌بینی نشده موجب دشواری اجرای تعهد می‌شود بدون آنکه اجرای تعهد را غیرممکن کند.

نتیجه فورس ماژور بر حسب اینکه حادثه دائمی یا موقتی باشد، تعلیق یا فسخ اجرای قرارداد است. بدین معنا که چنانچه موقتی باشد، قرارداد فسخ نمی‌شود و تا زمان رفع حادثه، اجرای آن معلق است، ولی در صورتی که حادثه دائمی باشد، موجب فسخ قرارداد می‌شود و اما در حالی که در تعدیل قرارداد حادثه پیش‌بینی نشده موجب فسخ یا تعلیق قرارداد نمی‌شود؛ بلکه قرارداد بازنگری شده و مفاد آن منطبق با اوضاع و احوال و شرایط جدید می‌شود. در رابطه با نتیجه حقوقی فورس ماژور یا قوه قاهره می‌توان به ماده ۲۲۹ قانونی مدنی استناد کرد: «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود». بنابراین نتیجه فورس

مازور ناشی از تعذر وفا به مضمون عقد است در حالی که تعدیل قرارداد ناشی از تضرر ناشی از عقد است.

مبانی تعدیل قضایی

هرچند مبانی فقهی تعدیل قضایی در فقه امامیه و عامه در بعضی مواد مشترک است، اما گاهی در فقه اهل سنت مستنداتی کاملاً مستقل دارد، از همین رو، در ادامه به بررسی مبانی تعدیل قضایی در مذاهب اسلامی پرداخته می‌شود:

۱. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر یکی از مهمترین قواعد فقهی مورد پذیرش همه مذاهب اسلامی و از جمله قواعدی است که در تعدیل یا تکمیل نصوص شرعی کاربرد مؤثری دارد. لکن تمسک به قاعده لاضرر جهت توجیه تعدیل قضایی قرارداد با مخالفت‌هایی روبه‌رو شده است که دو اشکال عمده در این زمینه مطرح شده است که عبارت است از:

۱-۱. تأثیر قاعده لاضرر در قراردادهای طویل‌المدت موجب فسخ آن است نه تعدیل آن

مخالفان معتقدند هرگاه قراردادی مستلزم ضرر شود به حکم این قاعده لزوم آن برداشته می‌شود، در این صورت به مقتضای این قاعده، تغییر شرایط و نامتعارف شدن میزان تعهدات یکی از طرفین عقد از مصادیق لاضرر بوده و موجب برداشته شدن حکم لزوم قرارداد و در نتیجه پیدایش حق فسخ طرف متضرر می‌گردد که در این صورت قاعده لاضرر حاکم بر اصل لزوم قراردادهاست و لزوم و پایبندی به عقد از بین می‌رود. به اعتقاد ایشان حداکثر تأثیر لاضرر در احکام ضرری رفع آنهاست و به استناد این قاعده نمی‌توان تعدیل قرارداد را اثبات نمود پس استخراج جبران خسارت توسط متعهدله یا دخل و تصرف در مفاد عقد برای رفع ضرر از متعهد نمی‌تواند به وسیله لاضرر توجیه شود، پس امکان تعدیل قرارداد به وسیله لاضرر منتفی است.

در پاسخ می‌توان گفت که استدلال مذکور مخالفان، مبتنی بر عدم امکان استخراج احکام اثباتی از قاعده لاضرر است و چنانچه بتوان جبران ضرر را از قاعده لاضرر استنباط نمود، تعدیل قرار داد نه تنها استثنایی بر اصل لزوم قرارداد نیست بلکه در راستای اصل لزوم قرار

داد است. بنابراین یکی از مسائل مهمی که پاسخ به آن می‌تواند راه‌گشای ایفای نقش بی‌بدیل «قاعده لاضرر» در حل مشکلات حقوقی حاضر و به‌ویژه تعدیل قضایی می‌باشد پاسخ به این سؤال است که آیا «قاعده لاضرر» بر احکام عدمی حکومت دارد؟ به عبارت دیگر اگر از نبود حکم جبران ضرر، زبانی متوجه کسی شود این حکم عدمی یا عدم حکم به استناد قاعده لاضرر نفی می‌شود و نتیجه آن حکم به جبران ضرر است؟ به دلایل زیر می‌توان گفت «قاعده لاضرر» علاوه بر رفع حکم ضرری، شامل اثبات حکم نیز می‌شود.

۱-۱-۱. دیدگاه فقها

انصاری (انصاری، ۱۳۷۵ق، ۳۷۳)، حسینی سیستانی (حسینی سیستانی، بی‌تا، ۲۹۱)، مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ۲۹۵/۳)، خویی (خویی، ۱۴۱۷ق، ۵۷۴)، نراقی (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۵۵) و صدر (صدر، ۱۴۱۷ق، ۴۹۲) از کسانی هستند که معتقدند قاعده لاضرر هم نفی حکم و هم مثبت حکم است.

اگرچه در مفهوم قاعده لاضرر «نفی حکم ضرری» به نام نظریه انصاری معروف است، لکن به نظر می‌رسد این نظریه شامل نظریه «نفی ضرر غیر متدارک» یعنی اثبات حکم نیز می‌شود و این مطلب از لابه‌لای مباحث ایشان و توجیه و تبیینی که خود ایشان می‌فرماید، به دست می‌آید. وی پس از ذکر این احتمال که بعضی فقها می‌گویند قاعده لاضرر اثبات حکم نمی‌کند چنین می‌گوید:

«حکمی که به موجب قاعده لاضرر نفی شده است، مخصوص مجعولات شارع نیست؛ بلکه مطلق چیزهایی است که در شریعت اسلام به آن عمل می‌شود خواه وجودی باشد یا عدمی. بنابراین همان‌طور که در حکمت شارع نفی احکام ضرری واجب است، به همین ترتیب، جعل احکامی که از عدم آن احکام، ضرری پدید می‌آید نیز واجب است؛ زیرا حکم عدمی مستلزم احکام وجودی است، چون عدم ضمان آنچه از منافع فوت می‌شود، مستلزم حرمت مطالبه و مقاصه و تعرض است و در این صورت اگر متعرض شود، مستلزم جواز دفع اوست. مضافاً اینکه از داستان «سمره» نیز می‌توان این نتیجه را استنباط کرد؛ زیرا پیامبر ﷺ مرد انصاری را بر کندن درخت سمره مسلط کرد» (ر.ک: انصاری، ۱۳۷۵ق، ۳۷۳). هر چند برخی فقها مانند نائینی (نائینی، ۱۳۷۳ق، ۲/۲۲۰)، موسوی بجنوردی (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۱/۱۹۹) معتقدند که قاعده لاضرر نفی حکم می‌کند نه اثبات حکم. لکن

اکثریت آنها اثر اثباتی قاعده را پذیرفته‌اند.

بررسی متون قواعد فقهی عامه نیز حاکی از پذیرش اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر است. در الوجیز آمده است قواعدی بر قاعده لاضرر متفرع می‌شود که یکی از آن قواعد قاعده «الضرر یزال» می‌باشد و براساس این قاعده ازاله ضرر و رفع آن بعد از وقوع ضرر واجب است، مانند ضامن بودن متلف عوض آنچه تلف کرده است (بورنو، ۱۴۱۶ق، ۲۵۸). هم‌چنین سیوطی می‌گوید بازگشت همه مسائل فقه به پنج قاعده است که یکی از آنها قاعده «الضرر یزال» می‌باشد و اصل این قاعده را روایت پیامبر ﷺ می‌داند. بنابراین در کتب قواعد فقهی عامه اثر اثباتی قاعده لاضرر به عنوان یک قاعده مستقل یعنی قاعده «الضرر یزال» بررسی شده است.

۱-۱-۲. رجوع به روایات قاعده لاضرر

روایات «لاضرر» به صورت متواتر در کتابهای فقه و حدیث شیعه و عامه وجود دارد منتها این تواتر لفظی نیست و معنوی است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۴۸/۲). روایات مذکور در کتب عامه نیز به یک لفظ نیامده ولی دارای مضمون و معنای واحدی هستند مانند: «لاضرر و لاضرار» و «لاضرر و لا ضروره» و «لاضرر فی الاسلام» (زیلعی، ۱۴۱۸ق، ۳۸۵/۴). توجه به روایات مستند قاعده نشان می‌دهد که در بسیاری از این روایات «قاعده لاضرر» اثبات حکم می‌کند.

در روایت «سمره بن جندب» پیامبر ﷺ به مرد انصاری فرمود: «أذهب فاقلعها و ارم به الیه فانه لاضرر و لاضرار: برو و درخت را از ریشه بکن و پیش روی او بینداز زیرا ضرر و ضرار وجود ندارد» (کلینی، ۱۳۶۵ش، ۲۹۲/۵). این دستور پیامبر دلیل واضح و صریحی است که قاعده لاضرر اثبات حکم کرده است.

در روایت دیگری پیامبر ﷺ فرمودند: «... لا یمنع فضل ماء لیمنع فضل کلاء فقال لاضرر و لاضرار: زیادی آب را نباید دریغ کرد تا از زیادی گیاهان دریغ شود. پس فرمودند: ضرر و ضرار وجود ندارد» (همان، ۲۹۲/۵). این روایت با همین مضمون در کتب عامه نیز ذکر شده است (ابن‌رجب، ۱۴۱۰ق، ۷۶/۱). هم‌چنین با توجه به روایات این قاعده، مقتضی موجود است یعنی روایات اطلاق دارند و هم مانع مفقود است.

۱-۱-۳. اثبات حکم در فتاوی فقها به استناد قاعده لاضرر

حسینی مراغه‌ای در کتاب «العناوین الفقهیه» بدون ذکر نام فقهی خاص موارد زیادی از آراء فقها را ذکر کرده که در بیشتر این موارد فقها با استناد به قاعده لاضرر اثبات حکم کرده‌اند (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ۱/۳۰۵). امام خمینی حکم تبدیل لزوم مثل به قیمت را در جایی که یافتن مثل بنا به دلایلی مشکل شده و خریدن آن جز به قیمتی چند برابر بازار میسر نیست را به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند (خمینی، ۱۴۱۵ق، ۱/۳۶۰)، زیرا اجبار ضامن به خرید مال به چند برابر قیمت حکمی ضرری است. فقهای اهل سنت نیز با استناد به قاعده لاضرر، در موارد زیادی حکم به تعدیل مثل به قیمت کرده‌اند (ابن‌رفعه، ۲۰۰۹م، ۱۰/۴۲۹-۴۲۸).

۱-۱-۴. اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر در قوانین موضوعه

اثر اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر در حقوق ایران را می‌توان در مواد ۲۵۲، ۱۰۲۹، ۸۰۸، ۸۱۵، ۸۲۱، ۸۲۴، ۴۸۵ و ۱۱۲۹ قانون مدنی و مواد دیگری مشاهده نمود که به جهت رعایت اختصار از ذکر آنها خودداری می‌شود.
در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی آمده است:

«در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید هم‌چنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». نتیجه اثر اثباتی این قاعده نیز در ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر که همان تعدیل قرارداد در اثر حوادث پیش‌بینی نشده می‌باشد ذکر شده است. «قرارداد، قانون متعاقدين است و فسخ یا تعدیل آن جایز نیست مگر به تراضی طرفین یا به اسباب قانونی و با وجود این هرگاه وجود حوادث استثنایی و غیرقابل-پیش‌بینی که جنبه عمومی دارد، اجرای تعهد ناشی از عقد را برای متعهد اگر نه غیرممکن ولی به غایت دشوار سازد و او را به گونه‌ای گزاف تهدید کند، قاضی می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال و رعایت موازنه مصلحت دو طرف، تعهد گزاف را به حد معقول برساند. هر گونه توافق برخلاف این امر باطل است» (سنه‌وری، ۱۹۵۲م، ۴/۷۰۴).

۱-۱-۵. مفهوم «لاضرر» در قاعده لاضرر

در مورد مفهوم «لاضرر» در کتب قواعد فقهی امامیه نظرات مختلفی مطرح شده است؛ از

جمله نفی احکام ضرری (انصاری، ۱۳۷۵ق، ۳۷۲). با توضیحی که قبلاً اشاره شد و نیز نفی حکم به لسان نفی موضوع (آخوند خراسانی، بی تا، ۷۰)، نهی سلطانی و حکومتی (خمینی، ۱۳۸۵ق، ۵۱) نفی ضرر غیرمتدارک (حسینی مراغه‌ای، ۱۲۹۷ق، ۹۴) که نظر اخیر دلالت بر اثباتی بودن قاعده لاضرر دارد. به نظر می‌رسد این احتمال و نظر، بهتر از احتمالات دیگر باشد یا حداقل احتمالات مذکور نسبت به هم مساوی هستند بنابراین با توجه به احتمالات ذکر شده نمی‌توان به صراحت گفت قاعده فوق فقط دلالت بر نفی حکم می‌کند و نه اثبات حکم. مضافاً اینکه به حکم عقل و عرف ضرر باید جبران شود و از آنجا که از نظر عامه قاعده «لاضرر یزال» به عنوان قاعده مستقل است که از قاعده لاضرر متفرع شده، اثباتی بودن این قاعده تقویت می‌شود. بنابراین با توجه به اثر اثباتی این قاعده، استنباط تعدیل قرارداد توسط قاضی به وسیله آن امکان‌پذیر است و از طرفی استنباط جواز فسخ قرارداد توسط متعهد در همان مرحله اول نیز با حکم الزام‌آور بودن عقد منافات دارد و در صورت پذیرش اثبات حکم از این قاعده، تعدیل قرارداد با اصل لزوم قرارداد منافاتی ندارد زیرا امکان وقوع ضرر از متعهد فراهم شده است.

۱-۲. ضرر واردشده بر متعهد منتسب به شخص متعهدله باشد

مخالفان معتقدند که استناد به این قاعده برای تعدیل قضایی و جبران ضرر متعهد توسط متعهدله منوط به این است که ضرر واردشده بر متعهد منتسب به شخص متعهدله باشد، در حالی که ضرر و خسارتی که ناشی از تغییر شرایط اوضاع و احوال است، نتیجه فعل متعهدله نیست و بنابراین چرا باید با حکم به تعدیل قرارداد او را مجبور به جبران ضرری کنیم که هیچ دخالتی در وقوع آن نداشته است.

در پاسخ به این عقیده می‌توان گفت:

اولاً: گرچه در روایت سمره، فاعل ضرر فرد است لکن در برخی دیگر از روایات مستند قاعده لاضرر، فاعل ضرر شخص نیست، مانند روایت هارون بن حمزه غنوی از امام صادق علیه السلام (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۸۵/۱۸).

ثانیاً: اصالة العموم اصلی است لفظی (سبحانی، ۱۴۲۹ق، ۱۹) و تا دلیلی برخلاف آن نداشته باشیم نمی‌توان از آن دست برداشت و مقتضای اصالة العموم این است که تمام ضررها نفی شده است، اعم از اینکه از ناحیه افراد باشد یا عواملی دیگر مانند تغییر شرایط اوضاع

و احوال.

ثالثاً: از ظاهر تعلیلی که در روایات لاضرر آمد، می‌توان فهمید که تعلیل به امر کلی ارتکازی است و از تعلیل به عموم و کلی فهمیده می‌شود که فاعل ضرر در روایات اعم است از شخص و عوامل دیگر و نظیر همین مطلب برای عمومیت قاعده استصحاب در همه شبهات اعم از حکمیه و موضوعیه توسط برخی اصولیون، از روایات استصحاب برداشت شده است. رابعاً: وجود برخی شواهد تاریخی منقول در کتب روایی و فقهی نیز می‌تواند مؤیدی بر قابلیت تأثیر قاعده لاضرر در شرایط پیش‌بینی‌نشده قراردادی باشد؛ به عنوان مثال در المبسوط آمده چنانچه فردی موظف به کندن چاه به مبلغ معین باشد ولی در جریان اجرای این تعهد، با لایه‌های سنگی و یا بسیار مقاوم مواجه شود که کندن آن با وسایل متعارف ممکن نیست و باعث متضرر شدن متعهد شود، الزام ناشی از قرارداد برداشته می‌شود (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۴۷/۱۶).

۲. قاعده نفی عسر و حرج

در اثبات تبدیل قضایی به قاعده نفی عسر و حرج نیز استناد شده که به دلیل تشابه زیاد این قاعده با قاعده لاضرر از ذکر آن خودداری می‌شود.

۳. احادیث جائحه

جائحه در لغت به معنی سختی، مصیبت، هلاکت، حادثه ناگوار و فاجعه بزرگ آمده است (بندر ریگی، ۱۳۷۸ش، ۷۹). در کتب فقهی هرگاه از این کلمه و احادیث راجع به آن سخن به میان می‌آید مقصود، آفت و بلایی است که گریبانگیر مزارع و باغها شده، زرع و میوه را دچار فساد و خرابی می‌کند و در نتیجه در سرنوشت عقد تأثیر می‌گذارد (شوکانی، ۱۹۷۳م، ۱۷۷/۵).

بیع ثمره قبل از بدو صلاح از نظر همه مذاهب اسلامی باطل است (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ۶۳/۴) و امامیه و عامه به روایات پیامبر ﷺ استناد کرده‌اند که ایشان از فروش میوه قبل از بدو صلاح نهی کردند؛ مانند روایت «نهی آن تباع الثمار حتی تزهو» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۱۵/۱۸؛ مالک بن انس، ۱۴۰۶ق، ۶۱۸/۲). بنابراین از دیدگاه عامه، محل اعمال تغییر تعهدات طرفین بر اساس احادیث جائحه در رابطه بیع و ثمار تنها در عقود قابلیت دارد که بعد از «بدو اصلاح» محصول منعقد شده باشد (صنعانی، بی‌تا، ۶۷/۲). لکن از نظر امامیه

جائحه اعتباری ندارد.

۳-۱. ادله مشروعیّت اعتبار جائحه

کسانی که قائل به حجیت جائحه هستند به قرآن و سنت استدلال کرده‌اند:

الف) آیه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...» ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال همدیگر را به ناروا مخورید...» (نساء، ۲۹) و آیه: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ...» و امواتان را میان خودتان به ناروا مخورید، و [به عنوان رشوه قسمتی از] آن را به قضات مدهید...» (بقره، ۱۸۸).

ب) روایت نبوی ﷺ: «ان بعث من اخیک ثمرأ فاصابته الجائحه فلا یحل لک ان تاخذ منه شیئاً بم تاخذ مال اخیک بغير حق» (مسلم بن حجاج، بی تا، ۱۱۹۱/۳؛ نسایی، ۱۴۰۶ق، ۲۶۴/۷) و: «ان النبی امر بوضع الجوائح» (بخاری، ۱۴۰۱ق، ۱۰۱/۳؛ ابن ماجه، ۱۴۳۰ق، ۴۸۵/۳).

۳-۲. دیدگاههای مذاهب خمسّه در مورد اعتبار جوائح و عدم آن

از نظر امامیه احادیث جائحه پذیرفته نیست و فرقی بین ثمره و غیره آن از مبیعات نیست. اگر ثمره را بعد از بدو صلاح بخرد و تلف قبل از قبض باشد، از ضمان بایع است و عقد خود به خود به هم می خورد و باطل می شود و فرقی هم نمی کند که تلف به امر سماوی مانند باد و برف باشد یا غیرسماوی مانند سرقت و حریق و فرقی هم نمی کند که تلف کمتر از ثلث یا بیشتر از ثلث باشد (حلی، بی تا، ۵۰۷/۱)، اما اگر تلف بعد از قبض باشد چیزی به عهده بایع نیست.

در مذاهب اهل سنت در مورد پذیرش جائحه و مصادیق و میزان آن اختلاف نظر وجود دارد.

ابوحنیفه اعتقادی به جوائح ندارد و به روایاتی نیز استدلال کرده که عبارت است از:

الف) روایت نبوی ﷺ: «زنی به نزد رسول خدا ﷺ آمد و گفت فرزند من، محصولی را از شخصی خریده است اما جائحه آن را تلف کرده است. از او خواستیم که جائحه را معتبر بداند و اما قبول نکرد. رسول خدا ﷺ فرمود که آن شخص از انجام خیری خودداری می کند...» (ابن حبان، ۱۴۱۴ق، ۴۰۸/۱۱).

برای عدم اعتبار جائحه استدلال شده که اگر ضمان به سبب جائحه واجب بود، رسول خدا ﷺ فروشنده را بر آن اجبار می‌کرد؛ زیرا تخلیه سبیل بین مشتری و مبیع جواز تصرف است و موجب ضمان می‌گردد (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ۴/۸۰).

ب) روایت ابوسعید خدری از پیامبر ﷺ: «در زمان رسول خدا ﷺ مردی ثماری که خریده بود تلف شد و دین آن مرد افزایش پیدا کرده بود. رسول خدا ﷺ فرمود به آن مرد کمک کنید و مردم به او کمک کردند و اما به اندازه دین او نشد. رسول خدا ﷺ به طلبکاران او گفت که از اموال آن مرد هر آنچه می‌یابید بردارید و غیر آن نمی‌توانید چیزی بردارید» (مسلم بن حجاج، بی‌تا، ۱۱۹۱/۳).

برای عدم اعتبار جائحه چنین استدلال شده که در این حدیث رسول خدا ﷺ از میزان دین آن مرد چیزی را به سبب حدوث جائحه کم نکرد (ابن‌حزم، بی‌تا، ۳۵۸/۸).

مالکیان متون وارده درباره کم کردن جوائح را معتبر دانسته و کم کردن ثمنی را که مشتری برای خریدن میوه‌ها و زراعت پرداخت کرده را واجب دانسته‌اند. از نظر آنها باران سیل‌آسا، تگرگ، باد و... و نظامیان که از کنار درختان خرما رد می‌شوند و محصول را می‌چینند را از مصادیق جائحه محسوب می‌کنند (مالک بن انس، ۱۴۱۵ق، ۳/۵۹۱-۵۹۰). آنها خسارت را وقتی بر صاحب مال واجب دانسته‌اند که به یک‌سوم محصول مشتری خسارت برسد (همان، ۵۸۶).

شافعی جائحه را نمی‌پذیرد و معتقد است آنچه به واسطه جائحه تلف شود از ضمان مشتری است، نه بایع. ایشان گفته است حجیت احادیث مثبت جائحه برای من اثبات نشده است (شافعی، ۱۴۱۰ق، ۳/۵۷).

از نظر حنابله، جائحه هر آفت آسمانی است که آدمی در آن دخالت نداشته باشد؛ مانند باد، گرما، سرما، بی‌آبی که از مصادیق جائحه است (ابن‌مفلح، ۱۴۱۸ق، ۴/۱۶۵). فقه حنبلی توجهی به قیمت ثمره تلف‌شده و اینکه یک‌سوم باشد یا کمتر یا بیشتر را ندارد.

در کتاب الکافی آمده: «ظاهر مذهب این است که تفاوتی میان کم و زیاد نیست مگر اینکه مقدار تلف شده آن قدر کم باشد که معمولاً تلف می‌شود» (ابن‌قدامه، ۱۴۱۴ق، ۲/۴۵). مانند مقدار کمی از میوه درختان که توسط پرندگان خورده می‌شود.

احادیث جائحه از نظر امامیه قابلیت توجیه تعدیل قرارداد را ندارد، لکن به نظر می‌رسد از منظر اهل سنت می‌توان با استناد به این احادیث تعدیل قضایی قرارداد را نتیجه گرفت با

این توضیح که نظر مالکیان در خصوص جوائح ترجیح داده شود، زیرا از نظر ایشان مصادیق جوائح عمومیت دارد و هم شامل عوامل طبیعی و هم شامل عوامل انسانی می‌شود. این نظر قابل تطبیق با ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر است که تعدیل قضایی قرارداد را به رسمیت شناخته است. هم‌چنین مالکی آن را در یک‌سوم و بیشتر از آن می‌پذیرد که به نظر می‌رسد این مقدار معقول است، زیرا این مقدار بیانگر مشقت و دشواری برای مشتری است و اما یا کمتر از یک‌سوم موجب حرج برای مشتری نیست. هم‌چنین خلاف عدالت است که جبران همه ضرر حتی کمتر از یک‌سوم نیز به عهده بایع باشد.

برخی حقوقدانان عرب نیز افزایش ناگهانی و غیر متعارف قیمت‌ها را جائحه محسوب کرده است. ایشان معتقد است اگرچه کم کردن جائحه آشکارترین صورتها و تطبیقات شرایط استثنایی در فقه اسلامی است، اما قواعد اصولی شریعت مانع از آن نیست که موارد بسیار زیاد دیگر تحت این نظریه داخل شوند. ایشان به عنوان شاهد دیدگاه خود از قراردادی ذکر می‌کند که یکی از شهروندان سعودی با دولت عربستان برای ساختن ساختمانی در منطقه ظهران بسته بود. این قرارداد بر اساس قیمت رایج مصالح ساختمانی در هنگام عقد بسته شده بود. وقتی تجاوز سه‌گانه به کانال سوئز رخ داد و انتقال مصالح ساختمانی به عربستان مختل شد و در نتیجه قیمت مصالح ساختمانی به سه برابر زمان قرارداد افزایش یافت، پیمانکار از دارالافتاء المصریه حکم شرع اسلام را در این باره خواست. دارالافتاء نیز فتوایی صادر کرد مبنی بر اینکه شرعاً باید خسارت پیمانکار پرداخت شود (معوذ، ۱۹۹۹م، ۲۱۷-۲۱۶).

۴. عقد اجاره و فسخ آن به علت عذر

از جمله مباحث قابل توجهی که در ارتباط با مبنای تعدیل قرارداد در کتب فقهی اهل سنت مطرح شده است امکان فسخ عقد اجاره، در نتیجه عذر موجر یا مستأجر است. بنا بر این دیدگاه که منشأ وضع برخی قوانین در کشورهای عربی بوده، سه نوع عذر قراردادی می‌تواند به فسخ عقد اجاره بینجامد که عبارت است از: ۱. عذری که به خود عین اجاره مربوط می‌شود؛ ۲. عذر مستأجر؛ ۳. عذر مؤجر. در مورد عذری که به خود عین اجاره مربوط می‌شود اختلافی بین مذاهب اسلامی نیست که موجب لغو اجاره می‌شود، لکن در مجوزات فسخ اجاره به واسطه عذر مستأجر و موجر اختلاف وجود دارد. در فقه امامیه عذر مؤجر

تأثیری در عقد اجاره ندارد هم‌چنین است اگر عذر مستأجر شخصی و خاص باشد؛ مانند اینکه مغازه‌ای را اجاره کند سپس کالای او به سرقت رود و مستأجر نتواند به جای آن کالاهای دیگری تهیه کند، بنابراین از آن‌جا که عین مستأجره سالم و قابل انتفاع است لزوم عقد اجاره استصحاب می‌شود و اما اگر عذر مستأجر عمومی باشد مانند برفی که مانع پیمودن مسیری شود که مستأجر برای پیمودن آن راه، چهارپایی را اجاره کرده است، طبق نظر مشهور بروز عذر عام مستأجر بلافاصله بعد از قبض موجب بطلان عقد است (خویی، ۱۴۱۴ق، ۱۷۵). البته علت بطلان این است که امکان استیفاء منفعت مورد نظر عقلاً وجود ندارد و می‌توان گفت مرجع عذر عام، به عدم امکان انتفاع از عین مستأجره است که از شرایط صحت اجاره است و عذر عام مستأجر به تنهایی هیچ موضوعیتی در فقه امامیه ندارد.

از نظر حنفیها و ابن‌حزم، عقد اجاره با حدوث اعدار موجر و مستأجر فسخ می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۱۹۸/۴-۱۹۷) و تفصیلی که در فقه امامیه بین عذر شخصی و عمومی وجود داشت در اینجا وجود ندارد. عذر مؤجر مانند اینکه مستأجر بخواهد حرفه خود را تغییر دهد و عذر موجر مانند مفلس شدن او، ولی اگر موجر بیمار شود یا بخواهد به سفر رود در این حالت عذری برای او وجود ندارد، زیرا منفعت با عدم حضور موجر هم قابل استیفاء است (ابن‌شحنه، ۱۳۹۳ق، ۳۶۸/۱).

حنفیها نیز برای نظر خود به آیات: «وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ: [خدا] آنچه را بر شما حرام کرده جز آنچه بدان ناچار شده‌اید برای شما به تفصیل بیان نموده است» (انعام، ۱۱۹) و: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ: در دین بر شما سختی قرار نداده است» (حج، ۷۸) استناد کرده‌اند (ابن‌حزم، بی‌تا، ۱۰/۷).

جمهور فقهای شافعی، حنبلی، مالکی اعدار مستأجر و مؤجر را موجب فسخ نمی‌دانند. ایشان برای نظر خود به آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به قراردادهای [خود] وفا کنید» (مائده، ۱) و اینکه عقد اجاره عقد معاوضه است و مانند بیع است و همان حکم را دارد، استناد کرده‌اند (ابن‌رشد، ۱۴۲۵ق، ۱۴/۴).

براساس آنچه بیان شد عذر موجر یا مستأجر را نمی‌توان به عنوان مبنای تعدیل قرارداد در نظر گرفت، زیرا در صورت پذیرش آن تنها نتیجه آن فسخ قرارداد است نه تعدیل آن، علاوه بر این یکی از شرایط تعدیل قرارداد، عمومی بودن حادثه غیرقابل پیش‌بینی است.

چنان‌که ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر به این مطلب اشاره دارد در حالی که فسخ اجاره به واسطه عذر مستأجر با موجر شامل عذر خاص و شخصی نیز می‌شود.

۵. قاعده «العقود تابعه للقصود»

نه تنها فقهای شیعه مکرراً به این قاعده در ابواب مختلف استناد کرده‌اند (موسوی قزوینی، بی تا، ۳۶۰/۵)، بلکه فقهای اهل سنت نیز همواره به این قاعده تمسک کرده و از آن به قاعده «الأمر بمقاصدها» (حیدر، ۱۴۱۱ق، ۱/۱۹) و «العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی، لا لالفاظ و المبانی» (زرقاء، ۱۴۰۹ق، ۱/۵۵) تعبیر کرده‌اند.

در تمام قراردادهای طولانی مدت یک شرط ضمنی بین طرفین وجود دارد که تعهدات آنها در همان شرایط تعادل اقتصادی و وضعیتی که در هنگام انعقاد عقد حاکم بوده اجرا شود و بنابراین اگر یک واقعه مهمی مانند جنگ یا بحران اقتصادی غیرقابل پیش‌بینی اوضاع و احوال زمان تشکیل قرارداد را تغییر دهد، این شرط ضمنی به زیان‌دیده حق خواهد داد که تعدیل آن را درخواست کند. در واقع طرفین به هنگام عقد قرارداد به طور ضمنی اوضاع موجود را در نظر داشته و بر مبنای چنین اوضاع و احوالی عقد را منعقد ساخته‌اند (امامی، ۱۳۷۰ش، ۱/۱۳۲).

به عبارت دیگر مرجع شرط ضمنی حفظ اوضاع و احوال به این است که بنای طرفین در معاملات و دریافت عوض متعال است و برخی فقها (خویی، ۱۴۲۲ق، ۲۸۲/۴۲) معتقدند که چنین قصدی به طور نوعی وجود دارد.

مطابق مفاد یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قاضی موظف است در موارد سکوت یا نقص یا احتمال یا تعارض قوانین با استناد به منابع معتبر اسلامی و با فتاوی معتبر حکم هر دعوی را صادر نماید و این مطلب مورد پذیرش اهل سنت نیز واقع شده است. در پاراگراف دوم ماده ۱۵۰ قانون مدنی مصر آمده است که اگر جایی برای تفسیر وجود داشته باشد قاضی باید به دنبال نیت مشترک بین متعاقدين بگردد بدون اینکه صرفاً معنای ظاهری الفاظ را در نظر بگیرد (معوض، ۱۹۹۹م، ۱۷۱) و این بخش از قانون مدنی با قاعده «العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی، لا لالفاظ و المبانی» همسو است.

از آنجا که قاضی باید در کشف اراده واقعی طرفین بکوشد یکی از منابع مورد استناد قاضی برای تفسیر قرارداد رجوع به «عرف» است که به صراحت در ماده ۲۲۴ قانون مدنی

ایران و ماده ۱۵۰ قانون مدنی مصر مورد توجه قرار گرفته است. فقها برای تشخیص مراد متکلم رجوع به عرف را تجویز کرده‌اند و بین فقها نسبت به این اجماع وجود دارد (حکیم، ۱۹۷۹م، ۴۲۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۶؛ نجفی، ۱۳۶۳ش، ۱۲۶).

بنابراین با رجوع به عرف می‌توان در قراردادهای طویل‌المدت، شرط ضمنی حفظ اوضاع و احوال را کشف نمود و اینکه در زمان انعقاد قرارداد متعهد هرگز اراده نکرده است که خود را تا حد دشواری و پرداخت هزینه غیرمتعارف متعهد کند و گرنه یا عقد را منعقد نمی‌کرد یا با شرایط متعارفی دست به انعقاد قرارداد می‌زد.

نتیجه

۱. با بررسی مبانی ذکر شده برای تعدیل قرارداد، می‌توان نتیجه گرفت که قاعده لاضرر، با توجه به جنبه اثباتی آن نسبت به مبانی دیگر مناسبتر به نظر می‌رسد، زیرا مبانی دیگر، از همین قاعده متفرع شده و این قاعده مورد پذیرش همه مذاهب اسلامی قرار گرفته است.
۲. احادیث جائحه از نظر فقه امامیه حجیت نداشته، در میان مذاهب عامه هم مالکیها و حنابله جائحه را پذیرفته‌اند که در میزان و مصداق آن با هم اختلاف دارند که از منظر اهل سنت نظر مالکیها برای تعدیل قرارداد ترجیح داده می‌شود.
۳. در میان مذاهب خمسسه، فقط حنفیها عقد اجاره با حدود اعدار ماجر و مستأجر را موجب فسخ آن می‌دانند که پذیرش آن به عنوان مبنای تعدیل با تردید جدی روبه‌روست، زیرا اثر مستقیم آن فسخ قرارداد است نه تعدیل آن.
۴. برای توجیه تعدیل قرارداد بر اساس قاعده «العقود تابعه للقصود» قاضی باید با رجوع به منابع اسلامی معتبر به دنبال اراده واقعی طرفین گردد که یکی از این منابع «عرف» است که با رجوع به آن می‌توان گفت شرط ضمنی «حفظ اوضاع و احوال» در همه قراردادهای طویل‌المدت و مستمر وجود دارد.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لإحياء التراث، بی تا.
- ابن حبان، محمد بن حبان، *الصحيح*، بیروت، مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۴ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی بالآثار*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن رجب، عبدالرحمن بن احمد، *القاعدة الذهبية في المعاملات الاسلامی لاضرر و لاضرار*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۱۰ق.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره، دارالحديث، ۱۴۲۵ق.
- ابن رفة، احمد بن محمد، *کفایة النبیة فی شرح التنبیة*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۲۰۰۹م.
- ابن شحنة، ابراهیم بن محمد، *لسان الحکام فی معرفة الاحکام*، قاهره، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۹۳ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *الکافی فی فقه الإمام احمد*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ق.
- همو، المعنی، قاهره، مکتبه القاهرة، ۱۳۸۸ق.
- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، بیروت، دارالرسالة العالمیه، ۱۴۳۰ق.
- ابن مفلح، ابراهیم بن محمد، *المبدع فی شرح المقنع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰ش.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، تبریز، اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحيح البخاری*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۱ق.
- بندر ریگی، محمد، *فرهنگ جدید عربی به فارسی*، تهران، حر؛ سبحان، ۱۳۷۸ش.
- برونو، محمد صدقی بن احمد، *الوجیز فی ایضاح قواعد الفقه الکلیه*، بیروت، مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۶ق.
- بیگدلی، سعید، *تعديل قرار داد*، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- حسینی سیستانی، سید علی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، نجف، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، بی تا.
- حسینی مراغه‌ای، میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- همو، *عناوین الاصول*، بی جا، بی تا، ۲۹۷ق.
- حکیم، سید محمدتقی، *الأصول العامة فی الفقه المقارن*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۹۷۹م.

- حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، بی تا.
- حیدر، علی، درر الحکام فی شرح مجلة الأحكام، بیروت، دارالجليل، ۱۴۱۱ق.
- خمینی، سید روح الله، الرسائل، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.
- همو، کتاب البيع، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۵ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۲۲ق.
- همو، مستند العروة الوثقی، الاجاره، به قلم مرتضی بروجردی، قم، لطفی، ۱۴۱۴ق.
- همو، الهدایه فی الاصول، به قلم حسن صافی اصفهانی، قم، مؤسسه صاحب الأمر، ۱۴۱۷ق.
- زرقاء، مصطفی احمد، شرح القواعد الفقهیه، دمشق، دارالقلم، ۱۴۰۹ق.
- زیلعی، عبدالله بن یوسف، نصب الرایة لأحادیث الهدایه، بیروت، مؤسسه الریان، ۱۴۱۸ق.
- سبحانی، جعفر، الموجز فی اصول الفقه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۹ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۶ق.
- سلطانیان، صحبت الله، تعدیل قضایی قرارداد به همراه مطالعه تطبیقی با حقوق انگلیس و مصر، تهران، مجد، ۱۳۹۴ش.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۲م.
- شافعی، محمد بن ادريس، الأم، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۰ق.
- شوکانی، محمد بن علی، نیل الاوطار من احادیث سید الاخیار، بیروت، دارالجليل، ۱۹۷۳م.
- صدر، سید محمدباقر، بحوث فی علم الاصول، قم، دائرة معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت، ۱۴۱۷ق.
- صنعانی، محمد بن اسماعیل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمیع ادلة الاحکام، قاهره، دارالحديث، بی تا.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- قانون اساسی.
- قانون مدنی.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۵ش.
- مالک بن انس، الموطأ، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ق.

- همو، المدونة الكبرى، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤١٥ق.
- محقق كركي، علي بن حسين، جامع المقاصد في شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ١٤١٨ق.
- مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، بيروت، داراحياء التراث العربي، بي تا.
- معوض، فؤاد محمود، دور القاضي في تعديل العقد، قاهره، مطبعة الحلبي، ١٩٩٩م.
- مكارم شيرازي، ناصر، العروة الوثقى مع تعليقات، قم، مدرسه امام علي بن ابي طالب عليه السلام، ١٤٢٨ق.
- موسوي بجنوردي، سيد محمدحسن، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادي، ١٤١٩ق.
- موسوي قزويني، سيد علي، ينابيع الاحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، بي تا.
- نائيني، محمدحسين، منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران، مكتبة المحمديه، ١٣٧٣ق.
- نجفي، محمدحسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تهران، دارالكتب الإسلامية، ١٣٦٣ش.
- نراقي، احمد بن محمد مهدي، عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، ١٤١٧ق.
- نسائي، احمد بن شعيب، سنن النسائي، حلب، مكتب المطبوعات الاسلاميه، ١٤٠٦ق.