



A Jurisprudential Reflection on the Contract Custodian Institutions

Seyed Hassan Hosseini¹, Seyed Hassan Hosseini Moghadam², Mehdi Fallah Khariki³

1. Ph.D Student, Department of Private Law, Ayatollah Amoly Branch, Islamic Azad University, Amoly, Iran.

2. Assistant Professor of Private Law Department, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Mazandaran, Iran.

3. Assistant Professor of Private Law Department, Ayatollah Amoly Branch, Islamic Azad University, Amoly, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 1277-1294

Article history:

Received: 12 Sep 2023

Edition: 3 Des 2023

Accepted: 6 Feb 2024

Published online: 16 Mar 2024

Keywords:

contract custodian institution, clause in the contract, Certain contracts.

Corresponding Author:

Seyed Hassan Hosseini Moghadam

Address:

Iran, Mazandaran, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Private Law Department.

Orchid Code:

Tel:

Email:

s.h.hosseini Moghadam@umz.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aims: Contract custodian institutions are created as an institution dependent on the contract in many legal relationships due to the impossibility of the exact meeting of the prescribed and legal conditions in the form of contractual conditions and sometimes certain specific contracts, which requires discussion and investigation from the perspective of jurisprudence and law. The purpose of this article is to examine legal jurisprudence on the institutions that protect the contract.

Materials and Methods: The present article is Theoretical and descriptive and analytical, and data collection was used in data collection.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are observed.

Findings: There is no institution known as contract custodian institution in Iranian jurisprudence and law, and it is derived from western law. However, it has long been the focus of jurists and titles has increased its importance, and as an institution dependent on the contract in many legal relationships, due to the impossibility of exact meeting of the prescribed and legal conditions. or due to the non-compliance of certain contract models in the form of contractual conditions and sometimes certain specific contracts in the form of leases with the condition of acquisition, leasing and sale of immovable property and the conditions of the reservation of ownership and the condition of non-transfer of non-property and denial of transfer of non-property in the form of pre-contracts The sale of buildings and common property.

Conclusion: Since the institution of contract custodian does not conflict with the rules of jurisprudence and laws of Iran, and according to Article 10 of the Civil Code, the contract between the parties is recognized as valid based on the consent of the parties, so the acceptance of the institution of contract custodian is not prohibited in Iranian jurisprudence and law.

Cite this article as:

Hosseini SH, Hosseini Moghadam SH, Fallah Khariki M. A Jurisprudential Reflection on the Contract Custodian Institutions. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

تأملی فقهی حقوقی بر نهادهای حافظ قرارداد

سیدحسن حسینی^۱، سیدحسن حسینی مقدم^۲، مهدی فلاح خاریکی^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد آیت‌الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران.
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.
۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد آیت‌الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: نهادهای حافظ قرارداد به‌عنوان نهادی وابسته به قرارداد در بسیاری از روابط حقوقی به‌دلیل عدم امکان اجتماع دقیق شرایط مقرر و قانونی در قالب شروط قراردادی و بعضاً عقود معین خاص ایجاد می‌شود که نیازمند بحث و بررسی از منظر فقه و حقوق است. هدف مقال حاضر بررسی فقهی حقوقی بر نهادهای حافظ قرارداد است.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر نظری و توصیفی-تحلیلی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: نهادی به اسم نهاد حافظ قرارداد در فقه و حقوق ایران شناخته شده نیست و برگرفته از حقوق غرب است. باین‌حال از دیرباز مورد توجه حقوق‌دانان و فقها بوده و پیدایش مسائل و عناوین نوین حقوقی و قضایی به اهمیت بیش‌ازپیش افزوده است و به‌عنوان نهادی وابسته به قرارداد در بسیاری از روابط حقوقی به‌دلیل عدم امکان اجتماع دقیق شرایط مقرر و قانونی و یا به‌دلیل عدم انطباق الگوهای عقود معین در قالب شروط قراردادی و بعضاً عقود معین خاص در قالب اجاره به شرط تملیک و لیزینگ و بیع شرط غیر منقول و شروط ذخیره حفظ مالکیت در عقد منقطع و نفقه و شروط فاسخ و تعلیقی قرارداد و در عقود معلق گنجانده شده است.

نتیجه: نهاد حافظ قرارداد با قواعد فقه و حقوق ایران مغایرت ندارد و با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی که قرارداد میان طرفین بر اساس رضایت طرفین معتبر شناخته شده است؛ بنابراین پذیرش نهاد حافظ قرارداد در فقه و حقوق ایران منعی ندارد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۲۷۷-۱۲۹۴

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۱

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۹/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۲/۲۶

واژگان کلیدی:

نهاد حافظ قرارداد، شرط ضمن عقد، عقود معین.

نویسنده مسئول:

سیدحسن حسینی مقدم

آدرس پستی:

ایران، مازندران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مازندران، گروه حقوق خصوصی.

کد ارکید:

تلفن:

پست الکترونیک:

s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

۱. مقدمه

به‌عنوان نهادی وابسته به قرارداد در بسیاری از روابط حقوقی به‌دلیل عدم امکان اجتماع دقیق شرایط مقرر و قانونی و یا به‌دلیل عدم انطباق الگوهای عقود معین در قالب شروط قراردادی و بعضاً عقود معین خاص در قالب اجاره به شرط تملیک و لیزینگ و بیع شرط غیر منقول و شروط ذخیره حفظ مالکیت و شرط عدم انتقال مال غیر و سلب انتقال مال غیر در قالب قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و اموال مشاع و یا حتی در شروط توارث در عقد منقطع و نفعه و شروط فاسخ و تعلیقی قرارداد و در عقود معلق گنجانده شده است. لذا در قالب اصل حاکمیت اراده که پایه حقوق مدنی ما است و اصل آزادی قراردادها که به طرفین اجازه می‌دهد که شروط مطلوب خویش را در قراردادها ذکر نمایند. بحث مهمی به‌وجود آورده که در این بحث‌ها می‌توان چگونگی حفظ قرارداد را تبیین نمود. در خصوص نهادهای حافظ قرارداد به صورت پراکنده پژوهش‌های محدودی انجام شده است. سعید کرمی (۱۳۹۵) در مقاله‌ای به بررسی شروط قراردادی و خسارات دادرسی پرداخته است. هم‌چنین نگار شمالی و سیدحسین صفایی (۱۳۹۶) در مقاله‌ای، مقابله با غیر منصفانگی شروط قراردادی از منظر محدودیت‌های وارده بر آزادی اراده در فقه و حقوق موضوعه را مورد بررسی قرار داده‌اند. تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به پژوهش‌های انجام‌شده بررسی فقهی حقوقی نهادهای حافظ قرارداد است. در واقع، ضرورت انجام تحقیق در این مسئله این است که آیا طرفین می‌توانند در قالب عقود معین و یا شروط قراردادی، قرارداد خویش را حفظ نمایند و از تعرض به آن در مصونیت قرار دهند؟ هدف از نگارش این مقاله یافتن پاسخ در مورد این که ماهیت

حفظ قرارداد و پای‌بندی به مفاد قرارداد در فقه امامیه به حدی مهم است که در شرع مقدس اسلام هم به آن اشاره و به‌صورت یک تکلیف بیان می‌نماید: «مردم به پیمان‌های خود عمل کنید و پایبند باشید» (اوفوا بالعقود). پس همان‌گونه که به وجود آوردن عقد مهم می‌باشد پای‌بندی و انجام آن نیز حائز اهمیت می‌باشد. ضرورت این مطالب می‌گنجد که در مورد حفظ و پای‌بندی به مفاد قرارداد بین طرفین و ایجاد نهادی برای این قراردادها به بررسی و تبیین و توضیح کامل بپردازیم. در زندگی امروزه و در میان موضوع‌های متعدد حقوقی، شاید هیچ موضوعی اهمیت موضوع «قراردادها» را نداشته باشد. قراردادها در هیچ دورانی از تاریخ تا به این میزان از اهمیت، تنوع و تکرار برخوردار نبوده است. امروزه زندگی بشر از بدو تولد تا مرگ، همواره با قرارداد درهم آمیخته است. امور قراردادها پیش از این به برخی از شخصیت‌ها مانند بازرگانان و صاحبان حرف اختصاص داشت؛ ولی امروزه قلمرو قراردادها به تمامی اقشار جامعه تسری پیدا کرده و قریب به اتفاق جامعه به عناوین مختلف با انواع قراردادها سروکار دارند. نیازمندی‌های مشترک ملت‌ها در محیط داخلی و خارجی کشورها موجب توافق‌هایی در امور حقوقی می‌شود و یک رابطه حقوقی بین آنان به وجود می‌آورد که تحت عنوان «نهادهای حافظ قرارداد» مورد بررسی قرار می‌گیرد. در مقاله حاضر در مقام بررسی و بحث درباره یک موضوع خاص نیستیم؛ بلکه این مقاله تحت عنوان «نهادهای حافظ قرارداد در حقوق ایران» تدوین و گردآوری و جمع‌بندی و در قالب یک مبحث درسی کوتاه مدت صورت‌بندی شده است. نهادهای حافظ قرارداد

عدم انتقال مال غیر و سلب انتقال مال غیر در قالب قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و اموال مشاع و یا حتی در شروط توارث در عقد منقطع و نفقه و شروط فاسخ و تعلیقی قرارداد و در عقود معلق گنجانده شده است.

۵. بحث

در این قسمت ابتدا مفهوم نهادهای حافظ قرارداد بررسی و در ادامه از رویکرد حقوق و فقه در این خصوص بحث می‌شود.

۵-۱. نهادهای حافظ قرارداد

از منظر علم حقوق نهاد عبارت است از مجموعه‌ای از قواعد و دستورهای سیاسی و حقوقی که بر اثر ترکیب و تألیف قواعد عرفی و قانونی به وجود آمده‌اند. به شرطی که این قواعد چون تاروپود درهم تنیده شوند باهم هماهنگ گردند و با یکدیگر ارتباط منطقی برای هدف خاصی پیدا کنند و از منظر علوم سیاسی نهاد عبارت است از قانون، رسم، عرف و عادت، رویه، سازمان یا هر عنصر دیگر در زندگی سیاسی یا اجتماعی مردم. یک اصل نظام‌بخش یا پیمان در خدمت نیازهای یک اجتماع سازمان‌یافته یا هدف‌های کل تمدن. آنچه که در اجتماع پابرجا و مستقر شده باشد «ورزش‌کار، ۱۳۹۰، ۸». نهادهای حافظ قرارداد به این معنی است که طرفین قرارداد می‌توانند علاوه بر تعهداتی که به موجب قانون در اثر انعقاد قرارداد برای ایشان ایجاد می‌شود، تعهدات دیگری را برای طرف مقابل و به نفع خود، به وجود

حقوقی و فقهی نهادهای حافظ قرارداد چیست؟ ضمانت اجرای تخلف از نهادهای حافظ قرارداد چیست؟ به منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا مفهوم نهادهای حافظ قرارداد بررسی شده، سپس نهاد های حافظ قرارداد از منظر فقهی و در ادامه از منظر فقهی بررسی شده است.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

نهادی به اسم نهاد حافظ قرارداد در فقه و حقوق ایران شناخته شده نیست و برگرفته از حقوق غرب است. باین حال از دیرباز مورد توجه حقوق‌دانان و فقها بوده و پیدایش مسائل و عناوین نوین حقوقی و قضائی به اهمیت بیش از پیش افزوده است و به عنوان نهادی وابسته به قرارداد در بسیاری از روابط حقوقی به دلیل عدم امکان اجتماع دقیق شرایط مقرر و قانونی و یا به دلیل عدم انطباق الگوهای عقود معین در قالب شروط قراردادی و بعضاً عقود معین خاص در قالب اجاره به شرط تملیک و لیزینگ و بیع شرط غیر منقول و شروط ذخیره حفظ مالکیت و شرط

وارد گفت‌وگو شوند و به توافقی برسند» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ۲۶). بهترین قسمت برای مانور دادن‌ها و توافقات تکمیلی و پوشاندن تمام درزهای اختلاف برانگیز و به‌طور کلی حفظ قرارداد است. کلیه موارد مربوط به خسارات‌ها و مسئولیت‌ها و میزان آن‌ها (بالمناصفه، تضامنی، نسبی) خیارات و فسخ، زمان‌ها و مواعد، ضمانت اجراها و... باید در قسمت نهادهای حافظ قراردادی این نهادها باید در قالب عقود معین یا شروط قراردادی پیش‌بینی شود. هر تعهدی در قرارداد باید دارای ضمانت اجرای باشد و این ضمانت اجرا هم نباید به‌طور کلی تعیین شود چراکه ضمانت اجرای یک تعهد قابل تسری به تعهد دیگر نیست. در نهادهای قراردادی باید همه فروض و حالت‌ها پیش‌بینی شود. مثلاً بنویسیم... در هر زمان که قرارداد فسخ شد... بلکه بنویسیم... در هر زمان که قرارداد فسخ یا منحل شد... چون ممکن است قرارداد فسخ نشود؛ ولی منفسخ یا باطل یا اقاله شود که همه این موارد نیز مشمول واژه انحلال می‌شود.

۵-۲. بررسی حقوقی نهادهای حافظ قرارداد

«نظر به این که قانون مدنی الهام گرفته از فقه امامیه می‌باشد و در شیوه قانون‌گذاری طوری عمل شده که نظر مشهور به شکل ماده قانونی تدوین گردیده است و از آن‌جا که از زمان ماضی در بحث فقهی قرارداد یا عقود یک سری عقود معین با شرایط و خصوصیات ویژه متبادر به ذهن می‌شد، این سؤال مطرح است که نهادهای حافظ قراردادها نیز که ریشه در فقه دارد آیا صرفاً حول عقود معین است؟ یعنی، نهادهای حافظ قرارداد محدود به عقود معین می‌باشد و در این خصوص جاری و ساری است؛ ولی با قدری تأمل

آورند. برای مثال در همان عقد بیع که میان دو نفر منعقد می‌گردد، طرفین می‌توانند برای یکدیگر ایجاد تعهد نمایند، مثلاً درج کنند که چنانچه با گذشت یک ماه از وقوع عقد، فروشنده اقدام به تنظیم سند رسمی ننماید خریدار می‌تواند عقد را فسخ نماید و ثمن معامله را باز پس گیرد یا «از دیگر شروط رایج در عقود هم چون بیع و نکاح، شرط وکالت است که به موجب آن، طرفین با یکدیگر توافق می‌کنند که یکی از آن‌ها از طرف دیگر برای انجام امری وکالت داشته باشد؛ مانند آنکه زوجه ضمن عقد نکاح برای خرید، فروش و اداره اموال خود به زوج وکالت می‌دهد. به این نوع تعهدات، نهادهای حفظ قرارداد گفته می‌شود که در قالب شرط ضمن عقد در قرارداد ذکر می‌شوند» (صفایی، ۱۳۹۲، ۵۶). «مفهوم لغوی قرارداد شامل عقود عهدی، تملیکی و مالی و غیرمالی و معوض و غیر معوض است و نیز شامل موافقت‌هایی است که به منظور منتفی ساختن اثر موجودی محقق می‌شود. در مفهوم لغوی قرارداد هم دلیلی نداریم که مقنن ایران دخل و تصرفی کرده باشد. بنابراین همان مفهوم لغوی حجت است و حجت بودن همین مفهوم لغوی، نقص تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی را جبران می‌کند و نتیجه اینکه می‌توان گفت مفهوم قرارداد از مفهوم عقد مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی اعم است؛ ولی مقنن ایران در خارج از ماده ۱۸۳ عموماً هر جا که عقد یا عقود را بدون قرینه به کار برده منظورش مساوی است با مفهوم لغوی قرارداد، لذا عقد و قرارداد به یک معنی هستند. در هر حال قرارداد را می‌توان به توافقی قانونی دو یا چند طرف در موضوع معین به قصد ایجاد اثر حقوقی مشترک تعریف کرد. قرارداد یک عمل حقوقی دوجانبه است و آن وقتی واقع می‌شود که طرفین آزادانه با یکدیگر

قراردادها تابع تراضی طرفین است و آثار حقوقی این تعهدات نیز همان هست که طرفین خواسته‌اند. همان‌طور که گفتیم باتوجه به نهادهای حافظ قرارداد این ماده حاوی اصل آزادی قراردادی است و به حکومت اراده نیز دامنه گسترده‌ای می‌بخشد، هم-چنین این ماده نفوذ شرط را نیز از این قید که ضمن عقد واقع شود رها می‌سازد؛ زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می‌تواند جدای از عقد الزام‌آور باشد. پس کافی است که شرط مربوط به قرارداد باشد تا متمم آن به شمار آید هرچند که بعد از عقد امضا شود، هم‌چنین که می‌دانید این ماده علاوه بر عقود غیر معین در عقود معین نیز قابل استناد است مشروط بر اینکه وسیله تجاوز به احکام امری آن عقود نشود» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ۷۸).

از جمله علل اصلی نیاز ایجاد نهادهای حافظ قرارداد ایجاد تشتت در نظام حقوقی ایران بوده است «به-عنوان مثال در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان به‌عنوان یکی از نهادهای حافظ قرارداد علل اصلی ایجاد این قرار داد این است که مسکن از جمله نیازهای اولیه و ضروری انسان است و هزینه‌های زیاد در ساخت مسکن باعث شد که جامعه با بحرانی جدی مواجه شد؛ چه اینکه از یک طرف خریدارانی وجود داشتند که توانایی خرید ساختمان به‌صورت نقدی را نداشتند و از طرف دیگر، سازندگانی وجود داشتند که سرمایه‌شان برای ساخت ساختمان‌های استاندارد کافی نبود. به‌این‌ترتیب قرارداد پیش‌فروش ساختمان به‌عنوان نهاد حافظ قرارداد در عرف معاملات پا به عرصه وجود نهاد. قراردادی که مشکلات پیش‌گفته را مرتفع کرد. پیش‌خرداران در این نوع قراردادها توانستند بهای قراردادی ساختمان

و تفحص به این فرضیه می‌رسیم که دلایل مستند حفظ قرارداد در عقود، و اطلاق و عموم ادله و خود لفظ عقد، شامل عقود نامعین نیز می‌شود» (ایزدی-فرد؛ کاویار، ۱۳۸۷، ۶) در قالب اصل حاکمیت اراده که پایه حقوق مدنی ما است و اصل آزادی قراردادهای که به طرفین اجازه می‌دهد که شروط مطلوب خویش را در قراردادها ذکر نمایند (موسوی شهری، ۱۳۶۰، ۹). بحث مهمی به‌وجود آورده که در این بحث‌ها می‌توان چگونگی حفظ قرارداد را تبیین نمود، بنابراین ضرورت انجام تحقیق در این مسئله این است که آیا طرفین می‌توانند در قالب عقود معین و یا شروط قراردادی، قرارداد خویش را حفظ نمایند و از تعرض به آن در مصونیت قرار دهند؟ سؤالاتی که در این پژوهش مد نظر قرار می‌گیرد این است که ماهیت فقهی حقوقی نهادهای حافظ قرارداد چیست؟ ضمانت اجرای تخلف از نهادهای حافظ قرارداد چیست؟ طرفین منعقدکننده قراردادهای حافظ قرارداد تا کجا در اعمال یا انصراف از این حق اختیار دارند؟ شایسته است برای توضیح و تبیین بهتر نهادهای حافظ قرار داد به تفسیر کامل ماده ۱۰ قانون مدنی پرداخته شود و با تنقیح مناط نهادهای حافظ قرارداد را به ماده ۱۰ قانون مدنی مربوط کرد که ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گوید «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» «در واقع اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی این-طور است که اراده افراد هم در ایجاد عقد و قرارداد و آثار آن و هم در تمامی روابط حقوقی حاکمیت دارد. در پرتو این اصل که از ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده می‌شود قراردادهای حافظ قرارداد که محصول توافق دو اراده مستقل است صحیح و نافذ است. این

پراکنده و متهافت محاکم و دکترین حقوقی تصویب نماید» (امین، ۱۳۹۲، ۹).

«تشخیص ماهیت نهادهای حافظ قرارداد مستلزم تحلیل عناصر تشکیل‌دهنده آن مطابق تعریف مندرج در آیین‌نامه از سویی و بررسی قصد واقعی منعقدکنندگان آن از سوی دیگر است؛ زیرا مفهوم و معنای حقیقی الفاظ تعریف باید در راستای اراده طرفین عقد، تبیین و تفسیر گردد، بروز دوگانه این قرارداد، موجبات تردید نسبت به ماهیت اصلی آن را فراهم کرده است. ظاهراً طرفین، اراده‌های خویش را در قالب عقد اصلی شکل می‌دهند و ارکان اصلی این عقد را محقق می‌سازند؛ اما نتیجه‌ای را که به صورت شرط ضمن عقد می‌گنجانند، منجر به حصول انجام و ایجاد شرط ضمن عقد در نهاد حافظ قرارداد می‌شود. به عبارت دیگر، قرارداد تا قبل از انقضای مدت تراضی به صورت عقد اصلی و پس از آن به صورت دیگری (بیع و غیره) جلوه‌گر می‌شود» (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ۶۳). در اینکه آیا چنین قراردادی به عنوان نهاد حافظ قرارداد به عنوان مثال آیا خود عقد اصلی است یا عقدی که طرفین به عنوان نهاد حافظ قرارداد منعقد می‌کنند؟ نظریات مختلفی به شرح زیر ابراز شده است: «۱. آنچه واقع شده عقد اصلی است؛ چراکه دو طرف خواسته‌اند از منافع عقد اصلی آن استفاده کند. شرط ضمن عقد در این نهاد حافظ قرارداد چهره فرعی دارد و مانند هر شرط دیگر تابع عقد اصلی است» (امین، ۱۳۹۲، ۱۰). «از آنجا که عقد، تابع قصد واقعی است و در فرض طرفین هدف اصلی انجام شرط بوده که عقد اصلی مقدمه آن قرار می‌گیرد، آنچه واقع شده عقد اصلی است. به بیان دیگر، عقد اصلی سرپوشی برای

را به طور اقساط بپردازند و از طرف دیگر سازندگان (پیش‌فروشنندگان) نیز توانستند بخشی از عوض قراردادی را قبل از مبادرت به احداث ساختمان و در ابتدای قرارداد و مابقی آن را به موازات پیشرفت کار (تکمیل ساختمان) دریافت کنند. بدین ترتیب نه به پیش‌خریداران بابت پرداخت یک‌باره ثمن، فشاری وارد می‌شد و نه سازندگان با کمبود سرمایه و مشکل نقدینگی مواجه می‌شدند و موجب حفظ قرارداد بین طرفین شد» (صالح‌نیا، ۱۳۹۱، ۴).

«نکته شایان ذکر این که کمتر موضوعی را می‌توان یافت که از جهت حقوقی تا این حد مشکل‌زا بوده باشد؛ هم حجم تخلف از انجام تعهدات قراردادی و هم تنوع تخلفات در قراردادهای منعقدشده بین طرفین حیرت‌آور بوده است. برخی از شایع‌ترین مشکلات این‌گونه قراردادها در قراردادهای ساختمانی، اجاره به شرط تملیک و غیره به عنوان مثال عبارت‌اند از: کلاهبرداری پیش‌فروشنندگان، فروش واحد مشترک به چندین شخص (معاملات معارض)، دریافت مبالغی بیشتر از مبلغ پیش‌بینی شده در قرارداد اولیه، عدم پیش‌بینی دقیق اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله (مانند مساحت اعیانی) و هم‌چنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود و هم‌چنین تأخیر فراوان در انجام به موقع تعهدات قرار دادی که در اکثر موارد منتهی به ضرر پیش‌خریدار می‌شود. تشتت در نظام حقوقی ایران در رابطه با قرار دادهای منعقدشده بین طرفین و مشکلات قانونی پیش‌گفته، قانون‌گذار را بر آن داشت تا قانونی با عنوان «نهادهای حافظ قرارداد» در عناوین مختلف به عنوان فصل الخطاب آرا و نظرات

دانان بر این باورند: «مفهوم مخالف این ماده دلالت بر آن دارد که اگر حصول نتیجه موقوف به سبب خاصی باشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل نخواهد شد. برای مثال اگر ملکیت مال منقولی که به اجاره به شرط تملیک واگذار شده به صورت شرط نتیجه برای مستأجر ضمن قرارداد درج شده باشد، چون حصول مالکیت مال منقول نیاز به سبب خاصی ندارد و تنها با ایجاب و قبول محقق می‌شود؛ لذا به محض انقضای اجاره، مال به ملکیت مستأجر در خواهد آمد؛ اما اگر موضوع اجاره به شرط تملیک مال غیر منقول باشد به دلیل آنکه انتقال چنین اموالی به استناد قانون ثبت باید در دفاتر اسناد رسمی و با تنظیم سند رسمی صورت گیرد و بدون انجام این تشریفات ملکیت قابل انتقال نیست؛ لذا حتی در صورتی که ملکیت اموال مذکور به شکل شرط نتیجه ضمن قرارداد شرط شود این نتیجه نمی‌تواند به نفس اشتراط و انقضای مدت حاصل شود زیرا حصول نتیجه انتقال ملکیت منوط به سبب خاص تنظیم سند رسمی است» (صفایی، ۱۳۸۲، ج ۶۸، ۲).

۵-۳. بررسی فقهی نهادهای حافظ قرارداد

«قراردادها بیانگر روابط حقوقی بین اشخاص می‌باشند، یکی از مهم‌ترین منابع تعهد به شمار می‌روند. جهت و هدف غایی قراردادها، ایجاد حق و تکلیف برای طرفین قرارداد و پای‌بندی و حفظ قرار داد است. چنانچه این قراردادها قوه‌حفظ و پای‌بند بودن را نداشته باشند یعنی هیچ قوه مانعی وجود نداشته باشد که خسارت زیان‌دیده از نقض قرارداد را حمایت کند، مدار زندگی افراد جامعه هر لحظه در معرض انهدام است. قبل از تصویب قانون مدنی،

انجام نهادهای حافظ قرارداد است» (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ۶۳). ۳. «این نظریه، قرارداد را بین دو طرف نافذ می‌داند و آثار عقد اصلی را بر آن بار می‌کند؛ ولی در برابر اشخاص ثالث قرارداد را شرط ضمن عقد (نهاد حافظ قرارداد) تلقی می‌کند تا به آن صدمه‌ای نرسد؛ پس در عین حال که پیش از پایان مدت عقد اصلی، طرفین عنوان عقد اصلی را دارا می‌باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ۷۹).

از جمله عناصر نهادهای حافظ قرارداد، «شرط ضمن عقد» بودن این نهادها است. «با توجه به آن که مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی «شرط صفت، عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله و شرط در «نهادهای حافظ قرارداد به هیچ‌وجه ناظر به کمیت یا کیفیت مورد معامله نیست؛ بنابراین شرط مذکور، شرط صفت نیست. اینکه آیا شرط مزبور شرط فعل است یا شرط نتیجه؟ منوط به آن است که در متن قرار دادهای تنظیمی عبارات و الفاظ شرط، دارای چه مفهومی باشد و به چه نحوی به کار گرفته شود» (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ۶۳).

«نتیجه تفاوت چنین است که اگر موضوع به شکل شرط نتیجه درج شده باشد، به محض پایان یافتن مدت عقد اصلی، عنوان عقد به عنوان نهاد حفظ قرارداد محقق است؛ ولی در صورتی که به شکل شرط فعل باشد، تا قبل از اقدام یکی از طرفین مبنی بر حفظ قرارداد، طرف دیگر قرارداد هیچ‌گونه حقی بر عین نخواهد داشت» (صالح‌نیا، ۱۳۹۱، ۵). در این مورد، توجه به ماده ۲۳۶ قانون مدنی در خصوص شرط نتیجه ضروری است که می‌گوید: «در صورتی که شرط نتیجه، موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود». برخی از حقوق-

عقیده مشهور فقها این بود که توافق و قراردادی که به صورت یکی از عقود معین یا ضمن آن نباشد از درجه اعتبار ساقط است از این رو افراد، قراردادی را که از مصادیق عقود معین نبود و با شرایط خاص هیچ‌یک از آن‌ها تطبیق نمی‌کرد ضمن یکی از این عقود می‌آوردند و به این طریق به آن‌ها قدرت و اعتبار می‌بخشیدند» (عبدی، ۱۳۹۳، ۸). در قانون مدنی نیز به اقتباس از فقه این تأسیس، جایگاه خود را حفظ کرده است و موادی از قانون مذکور را به خود اختصاص می‌دهد اما تأسیس دیگری نیز ایجاد شد؛ قانون‌گذار هر قراردادی را که مخالف صریح قانون نبود را معتبر دانست خواه یکی از عقود معین باشد خواه نباشد اما آن توافقی که افراد ضمن عقد می‌کنندگاهی تابع عقد اصلی و تبعی است و گاه مستقل از آن آمده است.

به این ترتیب «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 خلاقه 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 حقوق دانان 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» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ۵۸).

حقوق تعهدات و قراردادهای، یکی از مهم‌ترین اصول مورد اهتمام حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر می‌باشد. علامه طباطبائی ذیل تفسیر آیه ۱ سوره مبارکه انعام در مورد نهادهای حافظ قرارداد در صورت تلقی کردن این امر وفای به عهد می‌فرمایند: «حسن وفای به عهد و قبح نقض عهد از فطریات بشر است و انسان در زندگی فردی و اجتماعی بی‌نیاز از عهد و وفای به آن نیست» (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۵، ۲۵۵). ایشان در توضیح این مدعا می‌نویسند: «علت و ریشه این مطلب این است که بشر در زندگی‌اش هرگز بی‌نیاز از عهد و وفای به عهد نیست؛ نه فرد انسان از آن بی‌نیاز است، و نه مجتمع انسان و اگر در زندگی اجتماعی بشر که خاص بشر است، دقیق شویم، خواهیم دید که تمامی مزایایی که از مجتمع و از زندگی اجتماعی خود استفاده می‌کنیم و همه حقوق زندگی اجتماعی ما که با تأمین آن حقوق آرامش می‌یابیم بر اساس عقد اجتماعی عمومی و عقدهای فرعی و جزئی مترتب بر آن عهدهای عمومی استوار است. پس انسان نه از خود برای فراد دیگر اجتماع مالک چیزی می‌شود و نه از آن انسان‌ها برای خود مالک چیزی می‌شود؛ مگر زمانی که عهدی عملی به اجتماع بدهد، و عهدی از اجتماع بگیرد، هر چند که این عهد را با زبان جاری نکند؛ چون زبان تنها در جایی دخالت پیدا می‌کند که بخواهد عهد عملی خود را برای دیگران بیان کند. پس انسان‌ها همین که دور هم جمع شده و اجتماعی تشکیل داده‌اند، در حقیقت عهدها و پیمان‌هایی بین افراد جامعه خود مبادله کرده‌اند. هر چند که به زبان نیورده باشند. اگر این مبادله نباشد، هرگز اجتماع تشکیل نمی‌شود» (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۵، ۲۵۹).

که چون مبیع اصلی قرارداد، در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد و بعد از مدتی در آینده به وجود خواهد آمد. بنابراین آثار عقد نیز از زمان ایجاد این نهاد تحقق می‌یابد و در اینجا قرارداد حافظ همانند بیع معلق است و اثر اصل عقد بیع که انتقال مالکیت است، پس از تحقق معلق علیه بروز می‌یابد. پس با وجود نظرات مختلف، قراردادهای حافظ به عقد بیع نزدیک است، به همین دلیل، آثار و مقررات بیع بر این نوع قراردادها حاکم است» (صفایی، ۱۳۹۱، ج ۱، ۷۴).

برای توضیح و تبیین بیشتر بررسی فقهی نهادهای حافظ قرارداد باید این‌گونه گفت که حق اعمال نهادهای حافظ قرارداد طبق قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» و طبق قاعده «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» تا جایی قابل اعمال هست که جلوی ضرر و زیان طرفین قرارداد را گرفته و همچنین منجر به ضرر طرفین نگردد.

برخی «ضرر را در مقابل نفع قرار داده‌اند. همچنین ضرر به معنای سوءحال (بدی حال) نیز آمده است، همچنین ضرر به معنای عمل مکروه نسبت به دیگری و نقص در اعیان نیز آمده است. ضمن این که ضرر به معنای بدی حال و تنگ‌دستی و فقر نیز به کار رفته است» (ابن اثیر، ۱۴۰۱، ج ۳، ۷۷). ولی راغب اصفهانی «ضرر را به معنای بدی حال می‌داند اعم از اینکه بدی حال نسبت به نفس به خاطر کمی دانش و فضیلت باشد و یا بدی حال نسبت به بدن به لحاظ فقدان عضو از آن و یا به لحاظ کمی مال و آبرو» (راغب اصفهانی، ۱۳۷۴، المفردات، ذیل واژه ضرر). «در هر حال به نظر می‌رسد کلمه ضرر در اکثر موارد برای نفس و مال استفاده می‌شود و کاربرد آن در مورد آبرو و حیثیت افراد کم‌تر است. اما کلمه ضرر بر وزن

«و همه به عهد خود باید وفا کنید که البته (در قیامت) از عهد و پیمان سؤال خواهد شد» (اسراء/ ۳۴). علامه طباطبایی می‌فرماید: «و این آیه شریفه مانند غالب آیاتی که وفای به عهد را مدح و نقض آن را مذمت کرده، هم شامل عهدهای فردی و بین دو نفری است، و هم شامل عهدهای اجتماعی و بین قبیله‌ای و قومی و امتی است، بلکه از نظر اسلام وفای به عهدهای اجتماعی مهم‌تر از وفای به عهدهای فردی است. برای این که عدالت اجتماعی مهم‌تر و نقض آن بلایی عمومی‌تر است» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵، ۲۵۹). هم‌چنین آیت‌الله جوادی آملی ذیل این آیه می‌فرماید: «اطلاق آیه و سایر ادله، دلیل است در لزوم وفای به عهد مطلقاً حتی در عهد با خلق خدا. این امر از آنجا ناشی می‌شود که اولاً، در اسلام حفظ منافع و یا قدرت هیچ‌گاه هدف نبوده. ثانیاً، حفظ سامان و نظام سیاسی جامعه مسلمین هم که هدف است، هیچ‌گاه وسیله نامشروعی چون نقض قرارداد را توجیه نمی‌کند» (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ۱۱۵).

«در میان حقوق‌دانان، ماهیت فقهی نهادهای حافظ قرارداد، امری اختلافی است. نظرات مطرح درباره ماهیت چنین قراردادی، همانند: بیع سلف، استصناع، شرکت، مقاطعه و تعهد به بیع، اجاره به شرط تملیک، شرط ذخیره حفظ مالکیت، لیزینگ، شرط عدم انتقال مال به غیر، شرایط سلب انتقال مال به غیر و... برخی، ماهیت آن را بر مبنای قرارداد خصوصی و ماده ۱۰ ق.م تبیین می‌کنند و آثار یک توافق خصوصی را بر این نوع قراردادها بار می‌کنند» (رسولی، ۱۳۹۳، ۱۱)، ولی «برخی دیگر، ماهیت این نوع قراردادها را بیع می‌دانند و معتقدند

برخی از فقها از جمله فاضل تونی معتقد است که «کلمه لا در حدیث به معنای نفی است و در متن حدیث باید عبارت غیر متدارک در تقدیر گرفته شود. به عبارت دیگر نفی ضرر را نمی‌توان به صورت حقیقی در اینجا فرض کرد، چون در خارج می‌بینیم که ضررهای فراوانی واقع می‌شود، پس در معنای حدیث باید گفت منظور از نفی ضرر، نفی ضرر بدون جبران است. پس معنای حدیث این می‌شود که در اسلام ضرر جبران نشدنی نداریم و در نتیجه شارع در عالم-تشریح چنین ضرری را نفی نموده است و آن را به منزله عدم ضرر فرض کرده است» (فاضل-تونی، ۱۴۱۰، ۱۹۳). اما نظریه فوق توسط برخی از فقها مورد مناقشه قرار گرفته است. «شیخ انصاری با طرح نظریه فوق به عنوان یکی از احتمالات مربوط به حدیث لاضرر آن را ناموجه‌ترین احتمال دانسته است. چراکه ضرر خارجی با حکم شرع به لزوم تدارک به منزله عدم نخواهد بود. منشأ نظریه فوق آن است که بین ضرر متدارک به صورت فعلی و ضرری که حکم به لزوم تدارک آن می‌گردد خلط شده است. آنچه با معنای حقیقی متناسب است ضرر متدارک است نه حکم به لزوم تدارک ضرر. در نتیجه زمانی می‌توان ادعا کرد که ضرر وجود ندارد که واردکننده ضرر آن را جبران کرده باشد؛ اما اگر در قانون مقرر شده باشد که شخص واردکننده ضرر، ملزم به جبران خسارت است، نمی‌توان گفت ضرر وجود ندارد» (شیخ انصاری، ۱۴۰۳، ج ۳، ۳۴۳). بر اساس این دیدگاه نفی به حال خودش باقی است. لاضرر و لا ضرار به این معناست که هر کس به دیگری ضرری بزند، باید آن را جبران کند. بر اساس این دیدگاه اگر مالی از کسی از بین برود و جبرانی در برابر آن نباشد، این ضرر است و چون این ضرر، در شرع شریعت

فعال مصدر باب مفاعله می‌باشد و دلالت بر ایراد ضرر از طرفین به یکدیگر دارد به تعبیر دیگر در ضرار طرفینی بودن با توجه به باب مفاعله مفروض است. همچنین در مورد معنای ضرار گفته شده ضرار به معنای مجازات بر ضرری است که از طرف دیگری به انسان وارد می‌گردد» (نراقی، ۱۳۷۵، ۴۸). همچنین گفته شده: «ضرر برای مواردی استعمال می‌گردد که یک نفر به دیگری ضرر می‌زند تا منفعتی ببرد؛ اما ضرار در موردی است که با ضرر زدن به دیگری نفعی متوجه خودش نگردد. ضرار به معنای ضیق و عسر و حرج نیز آمده است. برخی نیز گفته‌اند که ضرر به معنای تکرار صدور ضرر از کسی است و گفته شده ضرار تنها برای موارد اضرار عمدی استعمال می‌گردد ولی ضرر هم شامل اضرار عمدی و هم غیر عمدی می‌گردد. و اگر این دو حکم (ضرر و ضرار) در برابر یکدیگر قرار بگیرند، ضرر زیان غیر ارادی است و ضرار، زیان ارادی است» (طریحی، ۱۰۸۵، ذیل واژه ضرر). «فقیهان برای کلمه ضرر و ضرار معنایی غیر از معنای لغوی ذکر نکرده‌اند؛ بلکه در مباحث همان معانی لغوی را مطرح کرده‌اند برای نمونه حضرت امام در این باره می‌گوید: در غالب موارد استعمال ضرر و ضرار و مشتقات آن در مورد مال یا نفس به کار رفته است ولی ضرار و مشتقات آن در معنای حرج، تضییق، اهمال و سختی رایج می‌باشد» (نراقی، ۱۳۷۵، ۴۸). در ادامه به بررسی نظریات مختلف فقهی در خصوص ماهیت نهادهای حافظ قرارداد پرداخته می‌شود.

۵-۳-۱. نظریه نفی ضرر جبران‌شده (غیر متدارک)

گیرنده ضرر داشته باشد، حکم ضرری است که در اسلام نیست. هم‌چنین جایز بودن ضرر به دیگران، حکم ضرری است که در اسلام نفی شده است.

۵-۳-۳. نظریه نهی از وارد کردن ضرر به دیگری (یا به صورت مطلق حتی بر خویش)

«لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار بر خلاف موارد رایج که به صورت حقیقی مورد استعمال قرار می‌گیرد و دلالت بر نفی می‌کند، در واقع به معنای مجازی استعمال گردیده و در مقام نهی است. برخی از فقها (اصفهانی، ۱۴۲۰، ۲۷) بر این باورند که منظور از قاعده (حدیث لا ضرر) نهی کردن افراد از ایراد ضرر به طور مطلق است. سیاق حدیث مورد بحث همانند آیه ۱۹۷ سوره بقره است که خداوند با عبارت فلا رقت و لافسوق و لاجدال فی الحج افراد را از اموری (آمیزش با زنان، بدکاری و ستیزه‌جویی در حج) منع می‌کند. چه این که در تعبیر روایی جمله‌های فراوانی به همین شکل وجود دارد که لای نفی آمده است ولی اراده نهی شده است. مثل کلام پیامبر صلی الله علیه وآله که فرمود: لا سبق الا فی خوف او حاضر أونصل به دو شکل می‌توان گفت که سیاق روایت، اراده نهی از ایراد ضرر می‌باشد: یکی اینکه لا را حمل بر نهی کنیم و دوم اینکه کلماتی مانند (م شروع و مباح) را در تقدیر بگیریم و لا در معانی خودش که همان نفی باشد باقی بماند. در این دو فرض مدلول حدیث منع و تحریم از ایراد ضرر خواهد بود. ضمن اینکه اراده چنین معنایی برای حدیث لا ضرر نسبت به شارع که در مقام بیان احکام می‌باشد، مناسب‌تر است. از این منظر، «لا» به معنای نهی استعمال شده است؛ اما به این دیدگاه،

اسلام نفی شده است، پس باید در برابر آن تدارک و جبرانی وجود داشته باشد. اگر کسی جاهل به (غبن) است و مال خود را به کم‌تر از ارزش واقعی آن به دیگری فروخته، بر او ضرر وارد شده و خیار فسخ که برای او در نظر گرفته شده، برای جبران زیان اوست.

۵-۳-۲. نظریه نهی از وارد کردن ضرر به صورت حکم مولوی حکومتی

«حضرت امام پس از توضیح مقدماتی در مورد مناصب سه‌گانه پیامبر (نبوت و رسالت، حکومت و قضاوت) در مورد حدیث، لا ضرر و لا ضرار معتقد است. حدیث به معنای نهی از ضرر می‌باشد؛ اما نه نهی مولوی همانند اکثر نواهی مذکور در قرآن و سنت، بلکه به معنای نهی مولوی حکومتی از وارد کردن ضرر بر دیگری است. به عقیده ایشان صدور چنین نهی‌ای از طرف پیامبر صلی الله علیه وآله با توجه به منصب زمامداری و حاکم بودن وی می‌باشد» (امام - خمینی، ۱۳۷۵، ج ۳، ۵۳۲). بر اساس این دیدگاه، معنای حدیث (لا ضرر و لا ضرار) این است: از سوی شارع هیچ حکم ضرری وضع نشده است. به دیگر سخن: هر حکمی که از سوی شارع مقدس صادر شده، اگر زیان آور باشد، ضرر بر نفس مکلف و یا غیر، ضرر مالی یا غیر مالی، حکم یاد شده به استناد قاعده لا ضرر برداشته می‌شود. به دیگر سخن، حکمی که از عمل به آن ضرری بر بندگان وارد آید در اسلام وضع نشده است. برای نمونه حکم شرعی به لزوم بیع غبنی، ضرر بر مغبون است؛ پس در شرع اسلام نفی شده است. وجوب وضو در صورتی که آب برای وضو

بنابر نظریه فوق حاکم بر ادله اولیه هستند و موضوع احکام اولیه را محدود می‌کنند» (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۰، ج ۱، ۲۱۶). از این منظر، در جمله لاضرر، نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع که نظایر آن در اخبار و حتی در آیات قرآن مجید زیاد است. مثلاً در اخبار وارد شده است که «لا شک لکثیر الشک»، یعنی کسی که زیاد شک می‌کند، شک او شک نیست. به عبارت دیگر، موضوعاتی که دارای احکامی هستند، اگر عناوین اولی آن‌ها باعث ضرر بشوند، حکمشان برداشته می‌شود. مثلاً وقتی می‌گوییم وضو واجب است در اینجا وضو، «موضوع» و وجوب، «حکم» است یا وقتی گفته می‌شود بیع لازم است، بیع، موضوع و لزوم، حکم است.

۵-۳-۵. نظریه پنجم: نفی حکم ضرری

«برخی از فقها از جمله شیخ انصاری در مورد قاعده لاضرر (حدیث لاضرر و لاضرار) معتقد است که هر حکمی که از سوی شارع وضع گردد و مستلزم ضرر باشد و یا اینکه به خاطر جعل حکمی بر بندگان ضرری وارد می‌شود؛ چه ضرر بر شخص مکلف باشد یا بر دیگری، در اسلام نفی شده است. با توجه به این‌گونه برداشتی از قاعده و روایت لاضرر، کلمه لا در معنای حقیقی خود استعمال شده است که همان نفی جنس به صورت حقیقی است و تردیدی نیست که رفع حکم ضرری از ناحیه شارع، رفع حقیقی است. زیرا اگر حکم ضرری وجود داشته باشد، جایگاه آن در عالم تشریح است. برای مثال در صورتی حکم وجوب وضو اگر موجب ضرر بدنی برای مکلف باشد، رفع می‌گردد؛ یا در صورتی که لازم بودن بیع همراه با غبن موجب ضرر و خسارت به مغبون باشد به موجب

اشکالاتی وارد گردیده است، از جمله اینکه در علم نحو استعمال «لا» در جمله اسمیه به معنای نهی بر خلاف فصاحت است؛ زیرا معنی حقیقی «لا»، نفی است و به همین معنا باید استعمال شود. مثل جمله «لا اله الا الله» که «لا» در این جمله وجود هر خدایی غیر از خدای یکتا را نفی کرده است.

۵-۳-۴. نظریه نفی حکم ضرری به وسیله نفی موضوع ضرری

«صاحب کفایه در خصوص مفاد قاعده لاضرر می‌گوید: ظاهر این است که ضرر به چیزی اطلاق می‌شود که در مقابل نفع باشد مثل تقابل عدم و ملکه هم‌چنان که معنای ضرار به همان معنای ضرر است و اینکه در روایت آمده است، از باب تأکید است. اما مفاد حدیث این است که لا برای نفی حقیقی است و به معنای نهی نمی‌باشد؛ البته نه از باب نفی حکم به صورت مستقیم؛ بلکه از باب نفی حکم به لسان نفی موضوع می‌باشد. مثل تعابیری همانند لاصلاة لجار المسجد الآفی المسجد که منظور از نفی آثار آن‌هاست نه نفی موضوع آن‌ها» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۸، ۳۸۱)؛ «ایشان در ادامه تصریح می‌کند ان الظاهران یکون (لا) لنفی الحقیقه کما هو الاصل فی هذا التركيب حقیقه أو ادعاء، کفایه عن نفی الآثار ... فانّ قضیه البلاغه فی الکلام اراده نفی الحقیقه ادعاء لانفی الحکم او الصفه کما لایخفی (آخوند خراسانی، ۱۴۱۸، ۳۸۱). در نتیجه بر اساس این نظر موضوعاتی که دارای احکام اولیه هستند، عنوان ضرری به خود بگیرند، حکم اولیه مزبور از موضوع مرتفع می‌گردد و لذا قاعده لاضرر

مهم‌ترین نظریات در اینجا مطرح شده؛ ولی نظریات دیگر نیز (مثل عدم امضای ضرر تکلیفی و وضعی) در این رابطه وجود دارد که برای رعایت اختصار از بیان آن صرف نظر شد» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹، ج ۱، ۶۸). با توجه به نظریاتی که در مورد قاعده لاضرر گفته شد می‌توان نظریه سوم را در مورد نهادهای حافظ قرارداد مورد بررسی و تبیین قرارداد که به‌طور مطلق وارد شدن و ایجاد ضرر بر حق دیگری مورد نهی قرار گرفته شده و با توجه به این مسئله است که دکتترین حقوق و فقها ایجاد نهادهای حافظ قرارداد را برای جلوگیری از ورود ضرر بر طرفین لازم دانستند.

۶. نتیجه

در باب ماهیت این نهاد حقوقی، نظرهای گوناگون ارائه شده است که به نظر می‌رسد مقبول‌ترین آن‌ها «شرط ضمن عقد» دانستن این نهاد است. ماهیت قرارداد مزبور از دو جزء عقد اصلی و شرط ضمن آن ترکیب شده است. نهادی به اسم نهاد حافظ قرارداد در فقه و حقوق ایران پیش‌بینی نشده است. با این حال با فقه و حقوق ایران مغایرتی ندارد و اصولی چون لاضرر در فقه و حقوق و ملاحظات ماده ۱۰ قانون مدنی که بر اساس حاکمیت و آزادی اراده طرفین قرارداد مبتنی است می‌توان بیانگر این امر مهم باشد که برای پذیرش نهادهای حافظ قرارداد در فقه و حقوق اریان مانعی وجود ندارد. حقوق و تکالیف طرفین قرارداد با توجه به ماهیت حقوقی این قرارداد، اصولاً تابع احکام عقد اصلی است و احکامی را نیز بر اساس شرط ضمن عقد، از عقود اصلی وام می‌گیرد. در مباحث فقهی نتایج نشان داد که می‌توان با توجه به قاعده لاضرر و لاضرر ریشه فقهی نهادهای حافظ

قاعده اختیار فسخ را به وی می‌دهد» (شیخ انصاری، ۱۴۰۳، ج ۳، ۳۷۲). «تفاوت نظریه فوق با نظریه چهارم در این است که بنا بر گفته شیخ انصاری (نظریه پنجم) خود حکم در صورت ضرری بودن نفی شده است و به عبارت دیگر رفع حکم ضرری است اما بنا بر نظریه چهارم (نظریه صاحب کفایه) نفی به متعلق حکم برمی‌گردد. لازم به ذکر است بر اساس نظریه پنجم، از آنجا که در عالم واقع و تکوین ضرر وجود دارد می‌بایست کلمه‌ای را بعد از لا در تقدیر گرفت» (آخوندخراسانی، ۱۴۱۸، ۳۸۱). یعنی بگوییم، «لاحکم ضرری فی الاسلام به این معنا که در اسلام حکم ضرری وجود ندارد. به عبارت ساده‌تر هر حکمی که از طرف شارع جعل گردد که مستلزم ضرر باشد و یا اینکه اجرای چنین حکمی موجب ضرر گردد، بر اساس قاعده لاضرر آن حکم برداشته می‌شود. شیخ انصاری بعد از توضیح نظریه خود تصریح می‌کند. نعم یمکن أن یستفاد منه تحریم الاضرار بالغیر من حیثان الحکم بأباحته حکم ضرری فیکون منفیاً فی الشرع. سپس در مورد حرمت اضرار به خود با توجه به اینکه نسبت به مکلفین حکم ضرری نیست ابتدا آن را مشمول قاعده نمی‌داند؛ ولی سپس می‌گوید: از ادله عقلی و نقلی حرمت اضرار به خویش استفاده می‌گردد» (شیخ انصاری، ۱۴۰۳، ج ۳، ۳۷۲). «در مورد نظر شیخ انصاری باید به این نکته نیز توجه کرد که مفاد بیان شده توسط ایشان تنها در مورد متن بدون قید علی مؤمن (لاضرر و لاضرار) و یا مقید به فی الاسلام می‌باشد. اما در صورتی که حدیث مقید به علی مؤمن باشد. نفی حکم ضرری نسبت به دیگری را می‌توان از حدیث استفاده کرد. در نتیجه نفی وجوب وضو در صورت ضرری بودن دیگر مشمول حدیث لاضرر نخواهد شد. لازم به ذکر است که

قرارداد را ایجاد کرد و با توجه به این قاعده که بحث اصلی‌اش جلوگیری از وارد شدن ضرر به افراد و طرفین قرارداد می‌باشد و هدف اصلی ایجاد نهادهای حافظ قرارداد نیز جلوگیری از ایجاد ضرر طرفین است. دو نکته مهم قابل پیشنهاد این است که: ۱- وضعیت نهادهای حافظ قرارداد و احکام ویژه آن در بخشی از مواد قانونی مربوط به عقود معین در قانون مدنی تدوین شود تا راهگشای حقوق‌دانان باشد. ۲- شرط ضمن عقد به‌گونه‌ای تنظیم شود که حتی‌الامکان باعث کاهش هزینه‌ها از قبیل مالیات بر انتقال و حق ثبت آن شود تا زمینه‌ای برای گسترش آن نسبت به اموال غیر منقول نیز فراهم گردد.

۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان در مقاله حاضر به‌صورت برابر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

منابع

فارسی

- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، چاپ هفدهم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۱.
- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- صفایی، سیدحسین، مقالاتی در مورد حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- عبدی، علی، «بررسی ماهیت حقوقی عقد یا قرارداد و نکات کاربردی بسیار مهم در تنظیم قرارداد»، فصلنامه حقوقی، شماره ۳، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
- کرمی، سعید؛ شروط قراردادی و خسارات دادرسی، مجله حقوق خصوصی (دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، جلد اول، چاپ سوم، قم، مؤسسه امام علی بن ابی طالب، ۱۳۸۹.
- موسوی شهری، سیدمهدی، «اجاره به شرط تملیک»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه بهشتی، ۱۳۶۰.
- امین، سید امیرمهدی، «اصل لزوم قراردادها در فقه و قانون مدنی ایران»، ماهنامه کانون، شماره ۱۱۴، ۱۳۹۲.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین، «بررسی فقهی حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، نشریه فقه و حقوق، شماره ۱۸، ۱۳۸۷.
- جوادی آملی، عبدالله، جامعه در قرآن، چاپ اول، قم، نشر اسراء، ۱۳۸۹.
- خمینی، روح الله، تهذیب الأصول (طبع قدیم)، جلد سوم، چاپ چهارم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۵.
- رسولی، فتح الله، «نحوه تهیه و تنظیم و اصول قراردادهای صنعتی و خرید و فروش داخلی»، رساله دکتری، قم، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۳.
- شمالی، نگار؛ صفایی، سیدحسین؛ مقابله با غیر منصفانگی شروط قراردادی از منظر محدودیت‌های وارده بر آزادی اراده در فقه و حقوق موضوعه، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۶.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- صالح‌نیا، اصغر، «بررسی فقهی و حقوقی عقد اجاره به شرط تملیک با تأکید بر قراردادهای لیزینگ»، پایان نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی استاد علی انصاری، تهران، دانشگاه خوارزمی، ۱۳۹۱.

- نراقی، ملأ احمد، عوائد الايام، قم، انتشارات دفتر
تبلیغات اسلامی، حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵.

- ورزش کار، احمد، تئوری های مدیریت پیشرفته
نهاد و نهادگرایی، چاپ اول، تهران، نشر وب سایت
مدیریتی ایران، ۱۳۹۰.

عربی

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب
الحديث و الانفر، جلد سوم، بیروت، دارالفکر للطباعه
و النشر، ۱۴۰۱.

- اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، قاعدة لاضرر، قم،
نشر جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیه قم و
مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۲۰.

- انصاری، شیخ مرتضی بن محمد امین، مکاسب، جلد
سوم، قم، نشر مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۰۳.

- آخوند خراسانی، کفایة الاصول، قم، مؤسسه آل
البيت، ۱۴۱۸.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ
القرآن، دمشق، دارالعلم الدار الشامیه، ۱۳۷۴.

- طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان، ترجمه
سید محمد باقر موسوی همدانی، جلد پنجم، قم،
جامعه مدرسین، ۱۳۷۴.

- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، ترجمه
سید احمد حسینی، تهران، کتاب فروشی مرتضوی،
۱۰۸۵.

- فاضل تونی، عبدالله بن محمد، الوافیة فی أصول
الفقه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۰.

- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه،
جلد اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۳۰.

