

مبانی فقهی و حقوقی اختیارات و وظایف کارفرما

در شرایط عمومی پیمان

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۶/۰۶)

دکتر نرجس توکلی افشار^۱

مدیر گروه رشته حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

چکیده

شرایط عمومی پیمان از مهمترین اسناد قراردادهای پیمانکاری عمرانی و ساختمانی است که نمایندگان دولت موظفند در هنگام واگذاری پیمانها آن را ضمیمه و حکم بر پیمانهای خویش قرار دهند. این سند مهم و جامع در واقع بخش اعظم شرایط حاکم بر پیمان و شروط ضمن آن محسوب می شود که در حوزه های مالی فنی و حقوقی تعهدات و اختیارات کارفرما را البته با تاکید بر موقعیت وی تعیین می نماید. شرایط شروع و اتمام پیمان، پرداخت مبلغ پیمان و تعدیل آن و اخذ جریمه و خسارات نظارت های فنی و چگونگی تعلیق فسخ و خاتمه پیمان عمده مواردی هستند که مبتنی بر انواع دعاوی قراردادهای ماده ۱۰ قانون مدنی اصول حاکم بر عقود معاوضی و استنادات و قواعد عمومی حاکم بر شروط ضمن عقد به عنوان تعهدات و اختیارات کارفرما نگاشته شده اند. این شروط البته در مواردی مانند: اختیار کارفرما در افزایش یا کاهش مقادیر مخالف عدالت معاوضی و در مورد اختیار خاتمه پیمان مغایر با نظر مشهور فقهی و قانون جلوه می کند که شاید بتوان با تفسیر کمی متفاوت از نظر مشهور یا محدود تلقی نمودن اختیارات فوق و تقیید به الزاماتی نظیر جبران خسارات همراه با در نظر گرفتن جایگاه دولت در حفظ منافع عمومی آنها را توجیه نمود.

واژگان کلیدی: شرایط عمومی پیمان، تعهدات قراردادی، کارفرما، پیمانکار، قرارداد پیمانکاری

مقدمه

تعدیل عقد در نتیجه حوادث بینی نشده بر مبنای قواعد لاضرر و نفی عسر و حرج تحلیل شده است. به گفته یکی از محققان نظریه تغییر اوضاع و احوال قاعده‌ای است که برای جلوگیری از ضرر و حرج ناروا در موارد استثنائی و دور از انتظار به کار برده می‌شود و در واقع شاخه‌ای از اجرای قاعده عسر و حرج است. به موجب قاعده لاضرر هر حکمی اعم از تکلیفی و وضعی که موجب ضرر مکلف شود منتفی است، زیرا شارع حکمی نمی‌کند که باعث زیان دیگری شود و اجرای حکم ضرری را جایز و روا نمی‌شمارد. از نظر شارع هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند و هر ضرر نامشروع باید به وسیله مناسبی دفع گردد بدین ترتیب اگر در نتیجه حوادث خارجی و دور از انتظار تعادل اقتصادی قرارداد شدیداً برهم خورد و ضرر ناروایی به یک طرفه وارد شود حکم لزوم عقد که حکم نخستین و طبیعی هر قرارداد از برداشته می‌شود و حکم ثانوی و استثنائی قرارداد که تعدیل مفاد ترا زیست جایگزین آن می‌شود.

همچنین به استناد قاعده نفی حکم حرجی هرگاه اجرای تعهدات مستمر قراردادی به دلیل بروز شرایط نامطلوب اقتصادی و برهم خوردن تعادل دو از فوق العاده سنگین و تحمل‌ناپذیر گردد و از نظر عرف یا عقل تکلیف ناشی از عقد در خور یا متناسب با توان متعهد نباشد یا خارج از طاقتی او باشد در این صورت حکم لزوم عقد مستلزم حرج نارواست منتفی می‌شود و حکم تعدیل عقد به جای آن می‌نشیند و بدیهی است در مواردی که جبران ضرر یا رفع ضرر و هر حرج با تعدیل مفاد قرارداد ممکن و عملی نباشد فسخ قرارداد جایز شمرده شده است.^۱ در آرا و نظرات فقهی مواردی وجود دارد که معید تعدیل قرارداد به دلیل حادثه پیش بینی نشده است برای مثال: مالیات زمینی که به اجاره داده شده است اصولاً به عهده مالک آن است ولی در عقد اجاره می‌توان خلاف این امر را شرط کرد و پرداخت مالیات زمین را به عهده مستاجر گذارد حال در صورت درج شرط خلاف اگر مالیات زمین در طول مدت اجاره به طور فوق‌العاده و غیر متعارف افزایش یابد به نظر می‌رسد پرداخت مالیات زاید بر میزان معقول و متعارف به عهده مالک زمین است نه مستاجر این نگرش مبتنی بر یکی از فتاوی‌های مرحوم میرزای قمی رحمه الله علیه است که در

۱- محمد رضا شفاهی، بررسی تطبیق نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، انتشارات ققنوس

کتاب معروف جامع الشتاب در پاسخ به یکی از سوالات فقهی بیان شده است و به عنوان سابقه تعدیل در فقه در یکی از کتب درج گردیده است. خداوند متعال در آیه ۲۸۰ سوره بقره می فرماید اگر مدیون فقیر و تهیدست باشد پس تا زمان گشایش و تمکن به او مهلت دهید و هرگاه مالی ظاهر داشته باشد حاکم او را به تسلیم آن مال امر می کند و در صورت امتناع از تسلیم حاکم مخیر است اموال مدیون را بفروشد و بدهی او را ادا کند زیرا حاکم ولی ممتنع است یا اینکه او را زندانی کند تا بدهی خود را بپردازد. این حکم مبتنی بر حدیث لی الواجد محل عقوبه و عرضه یعنی امتناع ورزیدن مدیون ثروتمند از تادیه دین عقوبت او و اهانت کردن به او را حلال می کند. در میان مذاهب دیگر شافعی و ابن حنبل معتقدند که حاکم حق دارد مال مدیون را بفروشد و دیون او را ادا کند، اما ابوحنیفه بر خلاف نص آیه شریفه گفته است حاکم نمی تواند به زور اموال مدیون را بفروشد لیکن می تواند به تقاضای طلبکاران را زندانی کند تا اموالش را بفروشد و بدهی خود را بپردازد.

بخش اول: بررسی مبانی فقهی تدوین وظایف و تعهدات تفکیک نشده

در دیدگاه فقها شرط تعدیل قرارداد بدون تعیین مبنای تعدیل شرطی باطل است زیرا به علت روشن نبودن مبنای تعدیل وضعیت عوض و معوض مشخص نبوده و غرر را در پی دارد اما در پیمان اینگونه نبوده و مبنا و میزان آن با توجه به دستورالعمل مربوطه که در شرایط خصوصی پیمان باید ذکر گردد معلوم می گردد.

بند اول: پرداخت مبلغ پیمان موضوع مواد ۳۶ و ۳۷ شرایط عمومی پیمان

در فقه امامیه به وضع و معوض از ارکان عقود معاوضی است اما در عقد غیر معاوضی وجود عوض عنصر عقد نیست. فقط در عقود معاوضی هر یک از طرفین در مقابل مال تعهد مال یا تعهد دیگری به دست می آورند،^۱ به عنوان مثال: در عقد بیع، ثمن با مبیع مبادله می شود پس منطقه همچنانکه بایع ملزم به تسلیم مبیع می شود. مشتری نیز ملزم به پرداخت ثمن می گردد، پیمان نیز از این قاعده مستثنا نیست و اگر آن را مبتنی بر اجاره اشخاص تحلیل نماییم برابر ماده ۳۶ شرایط عمومی پیمان پیمانکار یا انجیر در هر مرحله که بخشی از کار را انجام داده و گواهی انجام قسمتی از عملیات پیمان را ارائه می دهد مستحق دریافت اجرت مربوط به آن کار و هزینه های مربوطه می گردد. اجاره اشخاص در

فقه امامیه یکی از انواع اجاره است و به موجب آن اجیر تمام منافع خود یا منفعت خاص را برای مدت معین به مستاجر تملیک می کند و یا در برابر اجرت معین انجام دادن کاری را بر عهده می گیرد و فقیهان امامیه با این که منفعت شخصی آزاد را مال نمی دانند چنین تحلیل می کنند که در نتیجه قرارداد این منفعت چهره مالی پیدا می کند و به مستاجر تملیک می شود.

بند دوم: تسلیم منفعت و اجاره بها در اجاره

در میان فقها جمعی با انجام دادن کار، منفعت را تسلیم شده پنداشته اند^۱ و گروهی تسلیم منفعت را موکول به تسلیم کالا کرده اند و بعضی به این موردی که کار بر روی جنس متعلق به مستاجر به کار می رود با موردی که اجیر مصالح را فراهم می آورد تفاوت گذارده اند. بدین ترتیب در حالت نخست چون کار بر روی مال مستاجر انجام می شود تسلیم شده محسوب شده است و در حالت دوم تسلیم منفعت با تسلیم کالای ساخته شده انجام می شود آنچه که بنا بر قصد طرفین موضوع عقد اجاره و عوض اجرت قرار گرفته اعمال مذکور نیست بلکه مشتری بدون توجه به کیفیت این اعمال اجرت را در قبال شکل خاصی که مساله به خود گرفته به فرد می پردازد. در خصوص شرایط عوض این گفته شده که باید منفعت و اجرت هر دو معلوم و مشخص باشند و قول نزدیک تر به ثواب آن است که در اجرت به صرف مشاهده نمیتوان بسنده کرد بلکه باید آن را با وسیله مناسب با آن اندازه گیری و سنجش نمود. اجاره گاهی بر منفعت عین منعقد می شود و گاهی بر انجام کاری از طرف اجیر، در صورت نخست اجرت پس از اتمام عقد اجاره به ملک موجر درمی آید و مستاجر باید پس از دریافت این اجاره آن را به موجر بپردازد و در صورت دوم یعنی در آنجا که اجاره برای عمل و انجام کاری از طرف اجیر منعقد شده است اجرت پس از انجام کار به ملک اجیر در می آید.

شیخ انصاری در خصوص شروط عوضین بیان می دارد:

معروف است که علم به مقداری بهای کالا شرط صحت عقدس بنابراین اگر تعیین مقدار آن بسته به نظر یکی از طرفین باشد عقد اجماع باطل خواهد بود و دلیل این شرط اینهاست: یک حدیث نفی غرر که بین مسلمانان مشهور است دو معیار آن علتی است که در

۱- سید محمد کاظم طباطبایی، عروه الوثقی، ج ۲

روایت حماد بن میسر از جعفر از پدرش بیان شده که خرید لباس به مبلغ یک دینار با کسر یک درهم مکروه است زیرا که معلوم نیست دینار چند درهم است.

شهید اول نیز همین معنی را اینگونه بیان می نماید که در بیع باید اندازه جنس، وصف و ثمن معلوم و مشخص باشد همچنین اجاره بها باید در قرارداد اجاره معلوم باشد و گفته شده است که اگر اجاره تقسیط می شود باید مورد پرداخت اقساط معین باشد و احتمال زیادی و کمی در آن نرود البته طبق شرایط عمومی پیمان مبلغ به تبع آن افزایش یا کاهش مقادیر و همچنین تأخیرات پیمان تغییر نمی نماید.^۱ در اجاره اشخاص پیش از پایان کار به هیچ تعبیری نمی توان ادعا کرد که منفعت موضوع عقد به مستاجر تسلیم شده است بنابراین اجیر پیش از پایان کار حق ندارد از مستاجر مطالبه اجرت کند مگر اینکه در این بین قراری گذارده باشند که عقد اجاره هرچند که دین مستاجر درباره پرداخت اجاره با وقوع عقد به وجود می آید و این دین پس از تسلیم عین مستاجر می توان از او خواست استقرار دین بر عهده مستاجر، موکول به استیفای منافع یا تلف آن است به همین جهت اگر در خلال مدت اجاره اینطور بشود یا قابلیت انتفاع را از دست دهد اجاره نسبت به بقیه مدت باطل می شود و در نتیجه دین مستاجر نیز درباره بقیه مدت از بین می رود. (موضوع مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ در عقد اجاره) یک سوال مهم مطرح می شود این است که آیا اعسار مستاجر مجوز فسخ اجاره موجر است یا مالک بایستی به پاس احترام به پیمانی که بسته شده است این مورد اجاره را در اختیار مستاجر گذارد؟

این سوال با تبیین خیار تفلیس مناسب است پاسخ داده میشود، تفلیس عبارت است از: ممنوع ساختن دیون از تصرف در دارایی خویش شبیه حکم توقف که در حقوق کنونی برای تاجر ورشکسته صادر می شود مفلس بر وزن مثلث کسی است که اموالش کفاف پرداختن دیون را نمی دهد و به درخواست طلبکاران حاکم او را ممنوع از تصرف در اموال خود کرده است و نباید آن را با مفلس بر وزن معسر که به فقیر و ندار گفته می شود اشتباه کرد. بنابراین ایجاد حق فسخ در این مورد موکول به حالت تفلیس یعنی من که خریدار از تصرف در دارایی خود و تقسیم دارایی بین طلبکار آن است که با اعسار یکسان نیست بازتاب این حق در ماده ۳۸۰ قانون مدنی است که البته صراحتاً از خیار تفلیس نام برده

۱- شهید اول، لمعه دمشقیه، ج ۱

نشده لیکن نتیجه تفسیر منطقی متکی به منابع فقهی و حقوقی در حال حاضر ایجاد حق فسخ برای بایع در شرایط تفلیس خریدار معسر یا ورشکسته است. همچنین در توضیح ماده ۳۸۰ قانون مدنی گفته شده که خیار تفلیس ویژه عقد بیع نیست و در سایر قراردادهای معوض مانند: اجاره نیز جاری است و فقهای امامیه نیز در این که موجد در صورت افلاس مستاجر حق دارد اجاره را فسخ کند و تردید نکردند.

بخش دوم: مبانی فقهی تدوین اختیارات کارفرما در شرایط عمومی پیمان

عموماً اوفو بالعقود عمده ترین مبنای لازم بودن قرارداد پیمانکاری و اصل آزادی قراردادهای مبنای عمده در تنظیم و پیش‌بینی اختیارات در شرایط عمومی پیمان می باشند. همانطور که مشاهده خواهد گردید اگر چه نظر مخالف نیز وجود دارد، اساساً هرگونه شرطی که با توافق در ضمن عقد قرار می‌گیرد چنانچه مخالفتی با ذات عقد نداشته باشد، موجب جهل به عوضین نگردیده و شرایط اساسی صحت معاملات را نیز داشته باشد لازم‌الاجرا خواهد بود.

بند اول: بررسی مبانی فقهی تدوین اختیارات کارفرما

یک اختیار کارفرما در کاهش یا افزایش مقادیر موضوع پیمان ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان برای معلوم بودن مورد معامله لازم است. مورد معامله از سه جهت معلوم باشد: ماهیت، مقدار و اوصاف مهم آن منظور از ماهیت ذات یا جنس است که مورد عقد از آن تشکیل یافته است و مقصود از مقدار کمیت مورد عقد است که متناسب با جنس آن به وسیله وزن یا عدد یا مساحت و یا سایر ضوابط مشخص می‌گردد و نیز اوصاف مهم مورد معامله اوصافی است که معمولاً در جلب تمایل اشخاص موثر است و به تعبیر فقها اغراض نسبت به آن متفاوت است.^۱ حال غرر در لغت به معنای خطر است و خطر به معنای مصدري یعنی در معرض هلاک و تباهی بودن در اصطلاح فقها نیز غرر از معنای لغوی خود دور نیفتاده. معنای فقهی آن این است که مبیع یا ثمن در بیع و یا معوض در هر معامله معاوضی در معرض خطر باشد یعنی احتمال نابودی آن عرفاً و عادتاً مورد التفات و توجه باشد. مهمترین دلایل که برای نفی غرر در معامله ذکر شده اند عبارتند از: یک روایت نبوی نهی النبی عن بیع الغرر این روایت در کتب شیعه و سنی نقل شده است، دو بنای عقلاً

۱- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد

ممنوعیت قرار در معاملات و تعهدات یک حکم عقلایی است که نیازی به ثبوت نص شرعی در مورد آن وجود ندارد چرا که اساس معاملات عقلایی مانند بیع و اجاره و..... مبتنی بر حفظ اصل مال و تبدیل کردن نوعی به نوعی دیگر است. لذا هنگام تبدیل عین یا منفعت به عوض تساوی بین مالیت دو عوض را چنان شرطی اساسی و مرتکز که عقد بر آن بنا شده و نیازی به تصریح در متن عقد ندارد می بینند و بر همین پایه معامله بر مجهول که متضمن قرار می باشد از معاملات متداول بین عقلا خارج است و چنین تعهدی مشمول دلیل نفوذ و امضا نخواهد بود.^۱ در بیع، مبیع و ثمن باید از حیث مقدار و جنس و وصف و نزد طرفین معلوم باشد و در صورت مجهول بودن یکی از این امور سه گانه معامله به استناد احادیث فقهی و به علت غریب بودن آن باطل است. حکم دیگر معاملات معوض غرری نیز بطلان است به دلیل اینکه روایت قرآن به عبارتی که ذکر شد دلالت دارد بر اینکه علت نهی از بیع غرری همانا غریب بودن آن است زیرا حلیت بیع ضروری و مسلم است و فهم عرفی و تبادل از این جمله چیزی نیست جز اینکه غریبه بودن علت نهی باشد و لازمه آن این است که هر معامله غریبی باطل باشد مگر اینکه دلیل خاصی بر صحت آن داشته باشیم مانند: صلح غرری و قرض غرری ضمناً بنای عقلا و سیره مسلمین نیز از دلایل دیگر بطلان معامله غرری شمرده شده است. شیخ انصاری می گوید: از تذکره علامه حلی نقل شده علم به مقدار مثنی همانند علم به مقدار ثمن اجماع شرط صحت عقد است و در خلاف شیخ طوسی نیز آمده است: به اجماع علما آنچه با پیمانانه فروخته می شود نمی توان با تخمین و حدس فروخت هرچند مشاهده شود. برخی دیگر نیز ضمن تأکید بر اینکه کمیت مورد معامله باید بر اساس وزن یا کیل یا شمارش و سایر ضوابط متعارف باشد اضافه کرده اند اعلام بایع نسبت به مقدار مبیع برای صحت عقد کافی نیست همچنین اگر کسانی باشند که به تخمین بتوانند اندازه نزدیک به واقعه کالا را معین کنند و احتمال اشتباه در آن نادر باشد بر مبنای این تخمین را عرف نگاه نافذ می داند. به ویژه در مورد کالایی که به مقدار کمتر از معمول و برای نیازی استثنائی خرید می شود با تخمین متداول است و حقوق بایستی این داوری عرفی را بپذیرد. مشخص بودن موضوع پیمان و احجام و مقادیر آن از ضروریات است لیکن پروژه هایی که بر اساس قرارداد پیمانکاری واگذار می گردند عموماً دارای پیچیدگی و

۱- مستند عروه الوثقی، کتاب الجاره

ابعاد پیدا و پنهانی هستند که پیش بینی همه آنها تغییرات احتمالی و مورد نیاز پروژه را بسیار دشوار می کند لذا جهت پیش برد و تعیین تکلیف سریع تر پیمان و جلوگیری از ورود موضوع به سیکل قرارداد جدید و ضوابط ارجاع کار ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان اختیار کاهش یا افزایش مقادیر کار توسط کارفرما را پیش بینی نموده است. در ابتدا به نظر می رسد که اختیار فوق موجب غری شدن قرارداد می گردد چرا که مقادیر موضوع معامله در صورت استفاده کارفرما از اختیار موضوع این ماده به میزانی که هنگام عقد قرارداد مشخص نیست تغییر خواهد نمود و مبلغ قرارداد را نیز به تبع آن کاهش یا افزایش خواهد داد لیکن با دقت در این موضوع می توان گفت: چون شرط به نفع کارفرما بوده و در این حالت به جهت آنکه بر مبنای مصلحت و نفع خود اقدام می نماید لذا معامله برای او هنری نخواهد داشت در مقابل اما پیمانکار ملزم است که طبق تشخیص کارفرما نسبت به انجام کار اضافه یا کاهش از حجم کار اقدام نماید. رفع قرار از ضرورت های مربوط به نظم عمومی اقتصادی است و حکومت اراده نمی تواند این حکم را بیهوده کند آنچه در همه موارد ثابت است لزوم رفع عرفی قرار و آگاهی بر میزان ارزش مورد معامله است باید توجه داشت که احتمال خطر مورد توجه و متعارف باید در حدی باشد که عرفاً قابل تسامح و نادیده گرفتن آن باشد وگرنه احتمال قابل اغماض موجب خطر و قرار نخواهد شد و بدین جهت شهید اول در کتاب شرح ارشاد خود نوشته است: ضابطه قرار بر این است که احتمالی باشد که عرفاً از آن اجتناب و دوری می شود بدان گونه که اگر بد آن التفات و توجه نشود و بر آن حال رها شود در عرف جای سرزنش و نکوهش باشد که مال خود را تضعیف کرده. حال شرط مجهول شرطی است که مورد آن مجهول باشد. هرگاه مجهول بودن شرط به گونه ای باشد که به مورد عقد سرایت کرده و آن را مجهول کند وضعیت عقد دگرگون شده و چنین شرط مجهولی عقد را باطل می کند در تعریف فقهی شرط مجهول به خودی خود مبطل عقد نیست بلکه شرط مجهولی که جهالت به آن موجب غرر می گردد باطل است و عقد را نیز باطل میکند. عقیده فقها بر این است که بطلان عقد ناشی از فاسد بودن شرط نیست بلکه به سبب سرایت مجهول بودن شرط به مورد معامله و در نتیجه غرری و فاسد شدن عقد است.

بند دوم: مدت تغییر پیمان از طرف کارفرما

مدت جزء شرایط اساسی صحت معاملات ذکر نشده و به جز عقود محدودی مانند اجاره

ذکر آن در عقد ضروری نمی باشد. البته باید توجه داشت که در بیشتر عقود مانند بیع وقتی ذکر نمی شود موضوع حمل بر حال بودن می شود به نحوی که یک از اساتید در این خصوص اعلام نموده اند: اصل حال بودن دیون در هیچ متنی به صراحت نیامده است ولی از مواد قانون مدنی در امور پراکنده به خوبی استنباط می شود لذا در این گونه موارد اگر مدت در عقد مغفول بماند سبب بطلان عقد نمی شود.^۱ ممکن است فقهی در یک فرع فقهی خاص مثلاً شرط معرفی ضامن یا کفیل در بیع قایل به الزام مشروط علیه نسبت به اجرای شرط شده باشد لیکن به هیچ عنوان این رای و نظر به عنوان امری مجمع علیه در فقه محسوب نمی شود. از زمان مرحوم شیخ انصاری رحمه الله علیه صاحب کتاب شریف مکاسب که باب مستقلی به شروط اختصاص داده و مباحث عمومی شروط را طرح نموده است اقوال فقها جهت استخراج نظریه عام فقهی در باب اجرای تعهدات از سوی دیگر امروز در فقه پذیرفته شده است که شروط ابتدایی صحیح و نافذ است و بر اساس اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده افراد می توانند بدون آنکه در قالب و شکل عقد معین و خاصی وارد شوند به شکل دلخواه متعهد شوند و قرارداد منعقد نمایند وی در خصوص اینکه آیا می توانم تعهد را مجبور به انجام تعهد نمود بین فقها اختلاف است. عده ای از فقها مثل مرحوم محقق کرکی رحمه الله علیه در جامع المقاصد، شهید ثانی رحمه الله علیه در مساله و صاحب جواهر رحمه الله علیه در جواهر الکلام قائل به امکان اجبار شده اند ولی ظاهر سخن علامه حلی در تحریر خلاف آن است. علامه می گوید: در صورتی که مصلحت متعاقدين به شرط تعلق گرفته باشد مثل شرط عجل اجبار جایز است و گر نه اجبار وی جایز نیست هر چند وفاء به شرط امری واجب باشد و از شافعی دوقول نقل کرده اند که اولی بر امکان اجبار و دومی بر عدم اجبار دلالت می کند. مرحوم شیخ انصاری رحمه الله علیه بعد از بررسی و جرح و تعدیل اقوال فقها در نهایت قول شهید ثانی و صاحب جواهر و دیگر قائلین به این قول را می پذیرد و استدلال می نماید عمل به شرط مثل تسلیم عوضین در عقد بیع است و مشروط اون لحظه بر اساس قرارداد مالک شرط نسبت به مشروط علیه می شود. بنابراین مشروط و علیه مجبور به تسلیم شرط می شود همانند اینکه با یک اجبار به تسلیم مبیع می گردد ایشان هم به دلیل جواز اجبار را ادله لزوم وفایی به شرط می دانند. اگر ایراد

۱- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴

گرفته شود که در صورت الزام و انجام فعل رضایتی که لازمه انعقاد عقد است از بین می رود چون مشروط علیه شرکت نموده که خود با رضایت کامل مفاد شرط را انجام دهد.^۱ اما چنان که مشاهده شد تعیین مدت اعتبار اگرچه اصولاً وسیع اساسی در معاملات نیست لیکن باید در مورد ترازوی قرار گرفته باشد تا بتواند منشاء اثر بر اطراف معامله شود از همین روست که در پیمان نیز اساساً درخواست تغییر مدت از جانب پیمانکار باید ارائه شود. یعنی نظر وی موثر در میزان تغییر مدت می باشد اگرچه کارفرما این اختیار را دارد که کلاً آن را بپذیرد یا تعدیل نماید در حالت دوم ای البته رضایت پیمانکار ممکن است مخدوش شده و حاصل نشود و این حالت را باید یکی از موارد غلبه آشکار موقعیت کارفرما بر پیمانکار در پیمان دانست با این حال در همان ماده ذکر شده که پیمانکار باید در صورت اعتراض به هیئت حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ مراجعه نماید.

نتیجه گیری

ظاهر عبارات شهید ثانی رحمه الله علیه در شرح لمعه دمشقیه، محقق سبزواری رحمه الله علیه در الکفایه، محقق نراقی رحمه الله علیه در عوائد الایام و صاحب جواهر رحمه الله علیه در جواهر الکلام این است که فسخ در صورت تعذر در از اجبار ممکن است، که به نظر می رسد قانون مدنی هم از همین نظر تبعیت نموده است. در موردی که انجام دادن امر معین در مدت خاص وسیله تعیین منفعت قرار میگیرد بعضی در درستی اجاره تردید کرده اند چرا که احتمال دارد پایان کار و مدت با هم اتفاق نیفتد ولی گذشته از بی اثر بودن این اندازه احتمال در غالب موارد مدت ظرف زمان برای انجام دادن کار است پس اگر آنچه تعهد شده در توان اجیر باشد مانعی برای نفوذ اجاره باقی نمی ماند اما در مواردی که مدت منقضی می شود و عین مستاجر در اختیار مستاجر می باشد پس از مطالبه مالک در حکم غاصب است و ضامن عین و منافع تلف شده محسوب می شود.

۱- شیخ مرتضی انصاری و علامه حلی، تحلیل الحکام الشرعیه، محقق ابراهیم البهادر، قم موسسه الامام الصادق

منابع و مآخذ

- ۱- محمد رضا شفاهی بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادهای انتشارات ققنوس چاپ اول ۱۳۷۶
- ۲- محمد عابدی محل تعادل مجله کانون وکلای دادگستری خراسان شماره ۲ سال ۱۳۸۵
- ۳- جواد فخار طوسی پژوهشی در تعدیل قرارداد مجله فقه اهل بیت سال هفتم شماره ۲۷
- ۴- ناصر کاتوزیان حقوق مدنی عقود معین جلد یک شرکت انتشار چاپ ششم ۱۳۷۴ جلد ۲
- ۵- محقق ثانی جامع المقاصد قواعد
- ۶- علامه علامه حلی تذکره الفقهاء و قواعد کتاب اجاره
- ۷- شهید اول لمعه دمشقیه جلد ۲ انتشارات دارالفکر ترجمه علی شیروانی
- ۸- شیخ مرتضی انصاری مکاسب جلد ۸ ترجمه محمد مسعود عباسی انتشارات دارالعلم چاپ اول ۱۳۸۸
- ۹- فیض کاشانی مفاتیح الشرایع جلد ۳
- ۱۰- جواهر الکلام جلد متاجر
- ۱۱- آیین نامه تضمین در معاملات دولتی
- ۱۲- سید محمد کاظم یزدی عروه الوثقی جلد ۲
- ۱۳- شیخ محمد حسن نجفی جواهر الکلام
- ۱۴- محقق حلی شرایع الاسلام کتاب المفلس
- ۱۵- مهدی شهیدی تشکیل قراردادهای و تعهدات انتشارات مجد چاپ هفتم ۱۳۸۸
- ۱۶- ناصر کاتوزیان قواعد عمومی قراردادهای جلد دو شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا چاپ ششم ۱۳۸۳
- ۱۷- ابوالحسن محمدی قواعد فقه موسسه یلدا چاپ دوم پاییز ۷۴
- ۱۸- سید محمد جواد حسینی مفاتیح الکرامه جلد ۴
- ۱۹- مهدی شهیدی شروط ضمن عقد انتشارات مجد چاپ اول ۱۳۸۶
- ۲۰- ناصر کاتوزیان قواعد عمومی قراردادهای جلد ۴

- ۲۱- سید روح الله امام خمینی جلد پنجم تهران موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- ۲۲- ملا محسن فیض کاشانی مفاتیح الشرایع
- ۲۳- مجید غمامی مقاله شماره ۴۳ چاپ سنگی جلد دوم
- ۲۴- محقق حلی شرایع اسلام جلد ۲
- ۲۵- محقق ثانی جامع المقاصد جلد ۵
- ۲۶- مرتضی عادل توافق بر خسارت در قراردادهای مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی
شماره ۵۳ پاییز ۱۳۸۰
- ۲۷- ناصر کاتوزیان مسئولیت مدنی جلد اول
- ۲۸- سید مصطفی محقق داماد قواعد فقه مدنی تهران انتشارات سمت ۱۳۸۷
- ۲۹- عبدالرزاق سنهوری نظریه العقد
- ۳۰- سید ابوالقاسم خویی مصباح الفقاهه جلد ۷
- ۳۱- میرزای قمی جامع الشتاب چاپ سنگی تهران جلد ۳ تهران ۱۳۰۳