

## بررسی نظریه تعدیل قراردادها در حقوق ایران و انگلیس

### حسن جهانشاهلو<sup>۱</sup>، وحید قاسمی عهد<sup>۲\*</sup>، حمیدرضا علی کرمی<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

<sup>۲</sup> استادیار، گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

<sup>۳</sup> استادیار، گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۱۱

## Examining the theory of adjustment of contracts in Iranian and English law

### Hasan Jahanshahloo<sup>1</sup>, Vahid Ghasemi ahd<sup>2</sup>, Hamidreza Alikarami<sup>3</sup>

<sup>1</sup> PhD student, Department of Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran

<sup>2</sup> Assistant Professor, Department of Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran

<sup>3</sup> Assistant Professor, Department of Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran

Received: (12/08/2021) Accepted: (02/09/2021)

شناسه یکتا: <https://dorl.net/dor/>

### Abstract

The most important principle in concluding a contract is the possibility of its execution. The discussion of adjustment in the contractual implementation and the guarantee of its implementation is raised if after the conclusion of the contract due to reasons that are not attributable to the contracting parties, its implementation becomes impossible. Obstruction in contract execution is an important issue in most legal systems such as England, while there are differences regarding this issue.

According to Article 229 of the Civil Code of Iran, the obligor is exempted from fulfilling the obligation. However, if due to the occurrence of accidents and changes in the circumstances at the time of the conclusion of the contract, the execution of the contract causes excessive difficulty or unusual loss for the obligee, and at the same time the execution of the obligation is not impossible, the law of our country does not provide a clear solution in this case. slow

In this article, we will do a comparative study of the conditions and obligation of the rule of default in Iranian law and the conditions of contract adjustment in English law and how to implement it and we will state the differences. In fact, the goal of achieving uniform rules based on comparative legal principles will be to create a uniform procedure for judicial courts.

### Keyword

Modification of the contract 'coercion'; sterilization of the contract 'execution of the contract

### چکیده

مهمترین اصل در انعقاد یک قرارداد امکان اجرای آن است. بحث تعدیل در اجرای قراردادی و ضمانت اجرای آن در صورتی مطرح می‌گردد که پس از انعقاد قرارداد به دلایلی که به متعاقدين منتسب نیست، اجرای آن غیرممکن می‌شود. تعسر در اجرای قرارداد در اغلب نظامهای حقوقی مانند انگلیس، موضوع قابل اهمیتی است در حالی که نسبت به همین موضوع اختلافاتی وجود دارد. از آنجایی که مبانی قوانین و مقررات در کشور ایران فقه امامیه است، در مقایسه مقررات با قواعد اسلامی تلاش می‌شود در تبعیت از فقه مذکور و به ویژه تامین نظرات مشهور انجام گردد. نظریه تغییر در اوضاع و احوال از نظرات جدیدی است که در هر یک از سیستمهای مختلف حقوقی به نحوی و تحت عنوانی خاص مطرح و آثاری بر آن مترتب گردیده است.

بر اساس ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران، متعهد از انجام تعهد معاف می‌گردد. اما اگر در اثر وقوع حوادث و تغییر در اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد، اجرای قرارداد برای متعهد موجب دشواری بیش از حد و یا ضرر غیرمتعارف گردد و درعین حال اجرای تعهد غیرممکن نشود، قانون کشور ما در این حالت راه حل روشنی ارائه نمی‌کند.

در این مقاله به بررسی تطبیقی شرایط و تعهد قاعده تعسر در حقوق ایران و شرایط تعدیل قرارداد در حقوق انگلیس و چگونگی اجرای آن خواهیم پرداخت و موارد افتراق آن را بیان می‌کنیم. در واقع هدف از دستیابی به قواعد واحد مبتنی بر اصول حقوقی بطور تطبیقی، ایجاد یک رویه واحد برای محاکم قضایی خواهد بود.

### واژه‌های کلیدی

تعدیل قرارداد؛ تعسر؛ عقیم شدن قرارداد؛ اجرای قرارداد

## ۱) مفاهیم

برای روشن شدن مفهوم تعدیل قراردادی، درک ماهیت و چیستی آسان تر شده، لذا می‌توان راه‌حل‌های بهتری رخ دهد و از اشتباهات جلوگیری کرد.

### ۱-۱) مفهوم تعدیل قراردادی

«تعدیل» در لغت به معنای برابر کردن چیزی با چیزی و راست کردن آن است. در زبان فارسی، کاستن از شدن و حدت چیزی یا علمی است. اصطلاح «تعدیل قرارداد» به معنای «اصلاح قرارداد پیشین و ایجاد تغییر در شرایط و وصف عوض یا معوض است که البته شامل کاستن و یا افزودن مقدار آن دو را نیز شامل می‌شود.» منظور از تعدیل قرارداد آنست که اگر در اثر ایجاد حادثه‌های مختلف مانند جنگ، تغییرات در سیاست‌های اقتصادی و سیاسی داخلی یا خارجی و یا به هر علت خارجی دیگر، بحرانی شدید واقع شود و در نتیجه آن، شرایط و اوضاع و احوال در زمان قرارداد بطور اساسی تغییراتی نماید و توازن مالی یک قرارداد بر هم بریزد، قانون یا طرفین قرارداد یا دادگاه در مفاد قرارداد دخل و تصرف نمایند و شروط قرارداد را تغییر دهند و آن را با شرایط جدید منطبق کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۸۷) در واقع، شریک یک قرارداد مشارکت در ساخت و ساز که احداث پروژه ساختمانی را بر مبنای قیمت توافق شده (بعنوان آورده خود) متعهد گردیده است با حوادث غیرمترقبه‌ای مانند سیل، زلزله یا جنگ و بحرانهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مواجه می‌گردد که هزینه‌های ساخت و ساز را به چند برابر قیمت روز انعقاد قرارداد رسانده است و عملاً ایفای تعهد را برای وی زیان آور می‌سازد. (مقدری امیری، عباس؛ عسگری، حکمت-اله، ۱۳۹۴، ۱۴۸)

### ۱-۲) تفاوت تغییر اوضاع، احوال و قوه قاهره

«تغییر در اوضاع و احوال» در موردی بکار می‌رود که بروز حوادث غیرمترقبه موجب دگرگونی و تغییر در اوضاع و احوال زمان قرارداد شود و در نتیجه‌ی آن، اجرای قرارداد مشکل و یا هدفی که از قرارداد مورد نظر بوده است، تغییر کرده است و اجرای قرارداد را بیهوده می‌سازد. (صادقی مقدم، ۱۳۷۹، ۱۷۵) اصطلاح «تغییر در اوضاع و احوال یا دشواری» در رهنمود آنستیرال اینگونه تعریف شده است:

«دشواری عبارت است از تغییر در عوامل اقتصادی، پولی، حقوقی یا تکنولوژیک که موجب ورود زیانهای اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد گردیده است. به نحوی که وی را در ایفای تعهدات قراردادی با مشکلاتی فراوان مواجه می‌کند.» (A. Westberg, 1989, 37) از نظر حقوقی اصطلاح «Hardship» عبارتست از تغییر

در عوامل اقتصادی، پولی، حقوقی یا تکنولوژیک که موجب ورود زیانهای اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد گردد به طوری که وی را در ایفای تعهداتش با مشقت زیادی روبرو شود و اجباراً قرارداد را بیش از آنچه در هنگام انعقاد آن در نظر داشته، اجرا نماید، بلعکس؛ طرف مقابل نیز با توجه به ضرر طرف مقابل سود فراوانی را به دست آورد. بر اساس قانون ایران، ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران؛ باید قرارداد را اجرا کند هر چند که این اجرا به قیمت از دست دادن قسمت عمده و یا حتی تمام دارایی او باشد. (حسین آبادی، ۱۳۷۷، ۱۹۷-۱۹۸)

### ۲) امکان تعدیل قرارداد

در یک قرارداد، در صورتی که متعهد به سبب عدم مالی ناتوان از اجرای تعهد گردید، طرف دیگر حق خواهد داشت در صورت عدم امکان الزام، با فسخ قرارداد آنچه را که واگذار کرده است، مسترد نماید. به بیان مشهور، تعذر مالی متعهد در اجرای تعهد متقابل است.

در واقع تعذر مالی به طور مستقیم هیچ تاثیری بر تعدیل تراضی طرفین عقد ندارد و با وقوع تعذر راه پیش بینی شده در حقوق ایران به غیر از امکان تعدیل قرارداد است. لیکن بنا به دلالی که مطرح می‌شود اثر ثانوی تعذر میتواند علاوه بر فسخ، تعدیل قرارداد را به همراه داشته باشد که این تعدیل ممکن است در طول یا عرض امکان فسخ قرار گیرد. ناممکن شدن قرارداد در صورت وقوع تعذر مالی متفاوت با سایر اقسام تعذر است که امکان اجرای قرارداد به هیچ وجه میسر نیست؛ این در حالی است که در تعذر مالی ناممکن شدن اجرای عقد به تعبیری نسبی است. یعنی امکان اجرا با نزدیک کردن خواست طرفین به آنچه که مبنی تشکیل عقد بوده است (از طریق تعدیل قرارداد) وجود دارد و نمی‌توان آن را با فرضی که به سبب تلف عین مستأجره در اثنای مدت سبب تعذر می‌گردد، یکی تلقی کرد. (بنایی اسکویی، ۱۳۹۲، ۵۱)

در خصوص موضوع تعدیل قرارداد مورد توجه است، تغییرات فاحش و آثار آن در توافق طرفین قرارداد است، ولی در خصوص امکان اجرا یا عدم امکان آن بر اساس شرایط ایجاد شده مطالبی بیان نشده است. در واقع، شرایط جدید حاکم بر قرارداد باعث ایجاد دو فرض می‌گردد: یکی اینکه؛ همچنان قرارداد با شرایط تغییرات ناگهانی نرخ و سختی اجرای آن توسط متعهد قابلیت اجرا را دارد. و دوم آنکه، متعهد تمامی تلاش خود را در اجرای قرارداد انجام می‌دهد اما همچنان متعذر است.

در فرض مطرح شده از امکان تعدیل قرارداد سخن به میان آورده می‌شود که تعدیل به شرح ذیل قابل طرح است:

الف) تعذر در اجرای قرارداد، آن هم به علت عدم ناتوانی در اجرا در دو مفهوم کلی است، که تعذر مادی و اعتباری است.

ب) فراهم نمودن شرایط در نحوه اجرا و همکاریهای مربوط به رسیدن قصد مشترک طرفین قرارداد، از وظایف و تکالیف طرفین است و آنها تکلف دارند در حد امکان شرایط را تسهیل کنند.

ج) فسخ قرارداد راه حل دیگری در خصوص مقابله با تعذر است که متضرر می‌تواند از آن استفاده نماید تا از ضررهای بیشتر رهایی یابد. زمان استفاده از این روش به هیچ روشی ممکن نخواهد بود؛ حتی اگر تعدیل قرارداد اجرای قرارداد را فراهم کند.

د) ایجاد تغییر در مفاد تراضی در زمان تعدیل قراردادی است. برطبق اصل لزوم قراردادها، باید اجرای تعهدات نشأت گرفته از آن محترم شماره شده و آن هم در زمانی که نیروی الزام آوری، طرفین را وادار به اجرای توافق و تراضی خود نماید. اگرچه که امکان پایان دادن به قرارداد یا تغییر در مفاد عقدشان بدون توافق جدید یا به دلایل قانونی وجود نداشته. (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) و تعدیل قرارداد بدون رضایت متعهدله و به نفع متعهد فاقد وجاهت است و نیاز به تراضی جدید دارد.

نکته مهم آنکه اگر قرارداد حداقل امکان بین طرفین محترم باشد و انحلال یا گسستن از تعهدات به هر علتی نباید موجب عدم رضایت طرف دیگر شود. در صورتی که تعهدات یک طرف به افزایش یابد، بدون آنکه طرف مقابل مبلغی دریافت کند، پس چرا نباید در این شرایط از تعدیل قرارداد سخنی بیان شود؛ مخصوصاً زمانی که متعهد تمامی تلاش خود را چه مادی و چه معنوی برای اجرای تعهد به کار گرفته باشد.

ه) در تعدیل قرارداد وقتی که اجرای آن از سوی متعهد دشوار می‌شود، میبایست اولویت را قیاس در نظر گرفت؛ یعنی هرگاه نحوه اجرا در خصوص تعهدات مربوط به قرارداد با مشکلاتی بالخص مالی روبرو شد و امکان اجرا وجود نداشت، ابتدا میبایست طرف مقابل فسخ قرارداد را مدنظر بگیرد، که قیاس اولویت است. اگر با تعذر مالی روبرو شویم و برای متضرر حق فسخ را در نظر بگیریم، به طریق اولی تعدیل قرارداد مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

ی) براساس حقوق اداری و قراردادهایی که یک طرف آن دولت است، تعدیل قرارداد به علت شیوع موضوع در شرایط عمومی پیمان مورد توجه قرار گرفته است؛ دولت که حافظ حقوق عموم مردم است، باید به رعایت مصلحت مردم اقدام نماید و به طور معمول سختگیریهای بیشتری در جهت انعقاد قراردادهای دولتی اعمال نماید و همچنین قاضی رسیدگی کننده نیز در مصلحت بین اشخاص و جامعه طبیعتاً باید مصلحت جامعه را در نظر بگیرد.

و) دادگاه می‌تواند در مواقع بروز حوادث پیش بینی نشده و در نتیجه مشکلات مالی اجرای قرارداد، با تمسک به قواعد فقهی نفی عسر و حرج و لاضرر، الزام ناشی از قرارداد را برداشته، حکم به تعدیل (یا فسخ قرارداد) بدهد.<sup>۱</sup> در واقع، مهمترین مبانی فقهی قاعده تعذر مبتنی بر قواعدی چون «تعذر وفا به مضمون و مدلول عقد»، «لاضرر» و «لاخرج» است. (بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۶۶؛ نراقی، ۱۳۷۵، ۶۱؛ مراغه‌ای، ۱۳۹۷، ۹۹ به بعد)

م) استناد به قاعده «الجمع مها ممکن اولی من الطرح» می‌تواند توجیهی بر تعدیل قرارداد متعذر شده به سبب مشکلات مالی باشد. این قاعده در واقع بر مبنای عقل بیان شده است و می‌تواند بین انحلال و اجرای عقد با شرایط ایجاد شده ارتباط برقرار نماید. در شرایط ناتوانی مالی اختیارات متعهد خارج از اراده وی بوده است، طرف قرارداد راه دیگری به جز انحلال و ادامه آن (که به واقع امکان اجرای قرارداد وجود ندارد و طرفین را در بلا تکلیفی نگه می‌دارد) در پیش گیرد، تعدیل قرارداد در حقیقت جمع بین این دو است، چراکه هم از انحلال عقد جلوگیری کرده و هم با کاستن از شرایط جدید امکان اجرای قرارداد را فراهم می‌کند.

در حقوق انگلیس نظریه‌هایی در خصوص موضوع تعدیل قرارداد وجود دارد که با «انتفای قرارداد» (Frustration) «انتفای هدف قرارداد» (Frustration of Purpose) شناخته می‌شود، همچنین در حقوق فرانسه با نظریه‌های «فورس ماژور» (Force Majeure) و «حوادث پیش بینی

<sup>۱</sup> براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران: «قاضی موظف است در موارد سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم هر دعوی را صادر نماید»

نشده» (L'Imprévision)، و در حقوق آمریکا با نظریه-های «غیرعملی شدن تجاری اجرای قرارداد» (Impracticability) و «دشواری» (Hardship) مطرح می‌شود.

در حقوق انگلیس با تمسک به فراستریش زمانی که موضوع قرارداد از بین رفته یا با همان وضعیت قابل اجرا نیست؛ حتی در فرضی که موضوع تعذر کم و بیش برای طرفین قابل پیش بینی باشد.<sup>۱</sup>

## ۲-۱) چگونگی اجرای تعدیل قرارداد:

در اجرای تعدیل قراردادی دو شرط وجود دارد؛ اولاً، در اینصورت، هزینه‌ها بسیار بالا می‌رود اما همچنان امکان اجرای قرارداد برای متعهد وجود دارد یا دوماً، گاهی هزینه‌ها به بسیار بالا می‌رود، اما امکان اجرا برای متعهد میسر نمی‌شود. لذا در صورت متعذر شدن قرارداد، طرف مقابل می‌تواند از خیار فسخ یا حق حبس استفاده کند. اعمال خیار فسخ موافق با قاعده است، ولی متعهدله مخیر است از این حق خود صرفنظر کرده و اگر نفعی در بقای قرارداد باشد، برای رفع تعذر منتظر باشد. دوم؛ با توجه به اصل لزوم و اعتبار قراردادی، باید تا حتی امکان از انحلال قرارداد جلوگیری نماید. در این صورت با توجه به اوضاع و احوال و شرایط حاکم بر قرارداد، باید امکان تعدیل قرارداد با توجه به خواست و اراده مشترک طرفین فراهم گردد. لذا تعدیل و اجرای قرارداد به خواست متعاقبین نزدیکتر است.

حال با مباحثی که مطرح شد، میتوان نتیجه گرفت که امکان تعدیل قرارداد، در صورت حدوث تعذر مالی وجود دارد، اما شیوه اجرای آن نیازمند دقت بیشتری است. بنظر می‌رسد برای کاربردی کردن این نظر، می‌توان به طرف متضرر این اختیار داده شود که در انتخاب یکی از دو حالت (فسخ یا تعدیل) قرارداد، آزاد باشد. اگر نفعی در بقای قرارداد حتی با ارجاع آن به

قاضی برای متعادل کردن شرایط قرارداد دیده شود، از این حق خود استفاده نماید؛ وگرنه با اعمال حق فسخ، خود را رها کند. هنگامی که متعهد به سبب عدم توانایی مالی با همه شرایطی که بیان شد، متعذر از اجرای تعهد می‌گردد، قاضی می‌تواند رسماً دست به تعدیل قضایی بزند، یا آنکه طرف دیگر بتواند قرارداد را فسخ نماید. بر هر حال باید گفت، اثر تعذر بر قرارداد و در پی آن امکان تعدیل قرارداد، یک قاعده کلی نیست و صرفاً در صورت وقوع تعذر مالی واقع می‌شود. (بنایی اسکویی، ۱۳۹۲، ۶۱-۴۱)

## ۳) تعسر نظام حقوقی انگستان (کامن لا)

ایجاد وضعیت «دشواری مفرط» در مسیر ایجاد تعهدات قراردادی، تغییر بنیادی اوضاع و احوال است. عواملی مانند نوسانات در نرخ تبدیل ارز و تورم و احتمال افزایش قیمت یا نایاب شدن ناگهانی مواد اولیه یا کالا که مذاکره را دچار مشکلاتی می‌کند و قراردادهای بلند مدت ارائه خدمات یا تولید؛ در واقع، قراردادهایی که در ابتدا یک طرف انتظاراتش برآورده شده و اما بعدها به دلیل تغییر در اوضاع و احوال اقتصادی موجب کاهش یا حتی از بین رفتن سود مورد انتظار یکی از طرفین یا هر دو شود. لذا هیچ حاصلی جز مسئولیت و تکلیف به بار نیاورد. (فورت، مترجم: میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲، ۳۳۹) تنها قراردادی باقی مانده که برای یکی از طرفین سودمند است و برای دیگری هیچ سودی ندارد. حال «تعادل قراردادی» (Contractual Equilibrium) ایجاد می‌شود و این عدم تعادل، خود یکی از شاخصه‌های شناسایی وضعیت «دشواری مفرط» در اجرای تعهدات قراردادی است. البته در دکتترین حقوقی تعریف دقیق بیان نشده است. مضافاً آنکه تفاوت این نهاد میان نظامهای حقوقی مختلف کاملاً مشهود است؛ در روش حل اختلافات، نوع قرارداد، حوزه و محدوده اعمال و اجرا (قرارداد داخلی یا بین‌المللی)، یا حتی پس زمینه حقوقی قاضی یا داور رسیدگی کننده. در کشورهای کامن‌لا، استانداردهای قابل اتکایی در ارتباط با افزایش هزینه‌ها ارائه نشده و هیچگاه پرونده‌ها و آرای چاپ شده یا تفاسیر رسمی ارائه شده در این زمینه کمک کننده نبوده‌اند. برای مثال تریتل (Treitel)، افزایش ده برابری هزینه‌ها در برابر فروشنده را عاملی برای عدم امکان اجرای قرارداد و عقیم شدن آن می‌دانند، در حالی

<sup>۱</sup> If The True Foundation Of The Doctrine (Of Frustration) Is That once The Subject matter of The contract is destroyed or The existence of a certain state of facts has come to an end , The contact is at an end , That result follows we There or not in : Treitel , Law Of Contract, P. 801

شدن قرارداد در اثر حوادث پیش بینی نشده یا به تعبیر دیگر شرایط وابسته به اجرای تعهد را دگرگونی طبیعت تعهد دانسته و معتقد است که متعهد در این وضعیت میتواند ادعا کند که: «این آن چیزی نبود که من وعده انجام آن را داده بودم» (It was not this that I promised to do) (صادقی مقدم، ۱۳۷۹، ۱۶۷) یکی از قضات انگلیس (Lord Radcliffe) در همین خصوص بیان می‌دارد: «شاید به عبارت ساده بتوان گفت ممکن است بدون تقصیر هیچ یک از طرفین رابطه قراردادی به دلیل تغییرات در اوضاع و احوال، یکی از آنها ناتوان از اجرای تعهد شود و اصولاً اوضاع و احوالی که در آن متعهد باید به تعهد عمل کند، متفاوت از اوضاع و احوالی است که در هنگام انعقاد قرارداد بدان متعهد شده است و لذا قرارداد منتفی شده است» (همان، ۱۶۷ و ۱۶۸). اما دکترین «عقیم شدن» یا «انتفا» ی قرارداد در حقوق انگلیس ذیل دو عنوان جداگانه «انتفای قرارداد» و «انتفای هدف قرار داد» مطرح شده است و هر یک مستند به دعوی و پرونده‌ای است که تاریخ ریسگی‌های محاکم انگلستان موجود است.

### ۳-۱) انتفای قراردادی از منظر حقوق انگلیس

در سال ۱۸۶۳ میلادی دعوی «تیلور علیه کالدول» در محاکم انگلستان مطرح شد: کادل به عنوان خواننده دعوی به موجب قرار دادی متعهد شده بود که سالن موسیقی و باغی معین را برای مدت چهار شب جهت اجرای کنسرتی در اختیار خواهان (تیلور) قرار دهد. پس از انعقاد قرار داد سالن مذکور در نتیجه حریق از بین رفت. قاضی دادگاه که رای به انتفای قرار داد صادر کرده بود چنین استدلال کرد: «در قراردادهایی که اجرای آن‌ها به ادامه وجود شخص یا شیء معین بستگی دارد، از اجرای قرار داد است... زیرا بنابر طبیعت قرار داد روشن است که طرفین، قرار داد خود را بر پایه استمرار وجود شخص یا کالای خاص منعقد نموده‌اند» (Rosler, Hannes Cit, 497 & 498) همان طور که ملاحظه می‌شود در پرونده فوق، آنچه موجب انتفای قرار داد شده نخست، تغییر اوضاع و احوالی است که اجرای مورد تعهد بسیار دشوار (و غیرممکن؛ چون امکان فراهم نمودن سالن و باغی با شرایط مشابه در هر صورت ظرف مهلت اندک وجود دارد ولیکن این امر خواننده را در وضعیت دشواری مفرط قرار می‌دهد) نموده است و دوم، توافق

که محاکم انگلیسی معقدند افزایش صد برابری هزینه‌ها موجب انتفای قرارداد می‌شود. در داوری تجاری بین المللی نیز افزایش ۱۳٪، ۳۰٪، ۴۰٪، ۲۰٪ تا ۲۵٪ هزینه‌ها را برای تلقی کردن آن به عنوان مصداق «دشواری مفرط» کافی ندانسته‌اند لذا رای از مرجع داوری مشاهده نشده که در آن بنابر افزایش کمتر از ۵۰٪ هزینه‌ها مستند به وضعیت «دشواری مفرط» حکم به انتفا یا عقیم شدن قراردادها دهند. (Girsberger, cit, 125-126)

علی ایحال، سوال مطرحه آن است که مقوله «تغییر بنیاد اوضاع و احوال» و «دشواری مفرط» در نظام قوقی انگلستان (کامن‌لا) مبنایی موجه برای اجرای تعهدات قراردادی تلقی می‌شود؟ و اگر پاسخ مثبت است تاثیر آن بر قرارداد منعقد و رابطه حقوقی طرفین آن قرارداد چیست؟

علاوه بر وضعیت‌هایی که اجرای تعهدات قراردادی را برای یکی از طرفین یا هر دو را غیرممکن یا غیرقابل اجرا می‌نماید، مواردی نیز وجود دارد که به موجب آنها حوادث غیر مترقبه یا غیرقابل پیش بینی در اوضاع و احوال مانع انجام مقصود یا هدف قرارداد می‌شود. اما حقوق انگلستان هیچگاه به طور خاص راجع به تغییر بنیادین اوضاع و احوال و وضعیت «دشواری» صحبت نکرده است و تمام مشکلاتی که در این ارتباط پیش می‌آید را ذیل دکترین «عقیم شدن» یا «انتفا» ی قرارداد (Frustration) مطرح و حل و فصل می‌کند. بنابراین اگر شرایط واقعی یا قانونی تا حدی تغییر کند که اجرای تعهدات قراردادی طرفین نسبت به زمانی که قرارداد را منعقد کرده‌اند به نحو شدیدی دگرگون گردد، مستند به دکترین اخیرالذکر قرارداد را کنار می‌گذارند (منتفی و منحل میدانند) (Rosler, 497) در چنین مواردی از اصطلاح «انتفای هدف قرارداد» (Frustration of purpose) استفاده میکنند. در حقوق انگلیس با تحول در دکترین انتفای قرارداد، پیش‌آمدهای احتمالی و حوادث غیرمترقبه ممکن است موجب غیرقانونی شدن اجرای اصل قرارداد، بی‌حاصل، بی‌ثمر و منتفی شدن هدف قرارداد نیز گردد. با افزایش دعوی بر مبنای انتفای قرارداد در اثر حوادث پیش بینی نشده و بروز جنگ اول جهانی، محاکم انگلستان در موارد بیشتری به دکترین مذکور استناد کرده و رأی صادر نموده‌اند. مجلس اعیان انگلستان (House of Lords) بی‌ثمر

پادشاه و لذا لغو مراسم منتفی شده و آن مکان دیگر فایده مورد نظر را برای وی نداشته است. اجاره بهایی را که قرار بود مستأجر برای مکان مورد نظر بپردازد بسیار بیشتر از میزان معمول بود (به جهت هدف خاصی که از اجاره داشته). رأی صادره بر اساس نظریه انتفای قرارداد در حقوق انگلستان صادر شد. (Ibid, 17, 18-1) قاضی ویلیامز (Williams Lord) در مرحله تجدیدنظر خواهی از رأی بیان میدارد: «مسأله واقعی این دعوی آن است که در اجرای حقوق انگلیس تا چه اندازه این اصل حقوق روم که در دعوا «تیلور علیه کالدول» مورد استفاده واقع شده، به کار گرفته میشود (اصل مذکور این است که اگر از ماهیت قرارداد روشن شود که طرفین قرارداد از آغاز میدانسته‌اند که نمی‌توانند قرارداد را اجرا کنند، مگر اینکه هنگام اجرای قرارداد وجود بعضی از چیزهای مشخص ادامه پیدا کند؛ مثلاً در صورت فقدان هرگونه شرط صریح یا ضمنی در مورد اجاره، موجد تعهد نماید که عین مستأجره تا پایان مدت اجاره وجود داشته باشد). روشن است که اصل مذکور در حقوق انگلیس وارد شده و در دعوی مختلف مبنای تصمیم‌گیری بوده است. چنانچه وجود یک شی یا هدف خاصی مبنا و اساس قرارداد بوده باشد با از بین رفتن آن شی یا منتفی شدن هدف، الزام متعهد به انجام تعهد، معقول و منطقی به نظر نمیرسد. (صادقی مقدم، پیشین، ۱۷۲) لذا رأی به نفع هانری در این مرحله تأیید شد و او نیز تقاضای استرداد ۲۵ دلار از ۷۵ دلار اجاره بهایی را که پرداخته بود، نمود. از رأی فوق بر می‌آید که در دعوی مطروحه، انتفاع یا عقیم شدن قرارداد معلول عدم امکان اجرای تعهد قراردادی نبوده، بلکه معلول دشواری مفروطی است که خود نتیجه تغییر اوضاع و احوال و ایجاد حادثه‌های غیرمترقبه (مریضی پادشاه) بوده است. لذا مورد مشمول دکترین «دشواری مفروط» و شاخصه‌ها و معیارهای آن (البته به زبان دکترین انتفای قرارداد در حقوق انگلستان) است؛ چرا که اولاً، ارزش اجرای قرارداد برای یکی از متعهدین قراردادی (در این دعوی، هانری) کاهش یافته و مطابق با انتظار زمان انعقاد قرارداد نیست (Decreasing in value). ثانیاً، نسبت به زمان انعقاد قرارداد، اجرای تعهد در وضعیت فعلی موجب افزایش هزینه برای متعهد می‌گردد. (Increasing in costs) زیرا او پرداخت ۷۵ دلار را بر فرض برگزاری مراسم

طرفین قرار داد بر سالن و باغی خاص برای برگزاری کنسرت است؛ لذا تلف موضوع اجاره در این حالت موجب انتفای قرارداد شده است. نکته لازم‌الذکر آن است که انتفای قرار داد در حقوق انگلیس شامل عدم امکان اجرای قرارداد نیز می‌گردد. انتفای هدف قرارداد در حقوق انگلیس (که شباهت زیادی به اصل نظریه تغییر بنیادین اوضاع و احوال و دشواری مفروط در اجرای تعهدات قراردادی دارد) شامل عدم امکان اجرای قرارداد نمی‌گردد. هرگاه حادثه غیر مترقبه‌ای اجرای تعهد را انچنان دشوار و سنگین نماید که متعهد اجرای قرارداد را با آن شرایط جدید تعهد نکرده باشد نظریه «غیرعملی شدن تجاری قرارداد» (Commercial Impracticability of Contract) عمل می‌گردد، در این حالت هیچگاه ادعا نشده است که اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد، بلکه اجرای واقعی قرارداد ممکن است ولیکن اجرای تعهد انچنان شاق و دشوار می‌نماید که جر با هزینه مضاعف یا دشواری بیش از حد ممکن نیست. نمونه بارز این مقوله در حقوق انگلستان دعوی «کرل علیه هانری» است، هانری آپارتمان کرل را به مدت یک هفته جهت تماشای مراسم تاج گذاری که در خیابان مربوطه عبور می‌نمود اجاره کرد، وی بعدها به جهت عدم برگزاری مراسم مورد نظر، از پرداخت مال-الاجاره خودداری نمود و در دادگاه استدلال کرد که به جهت عدم برگزاری مراسم، به موجب دکترین «غیرعملی بودن» (Impracticability) از پرداخت مال الاجاره معاف است. دادگاه مستند به دلیل ارائه شده به نفع او رأی نمی‌دهد، بلکه از آن جهت که آپارتمان برای «هدف مشخص رویت مراسم عمومی سلطنتی» اجاره شده و این مراسم نیز لغو گردیده اعلام می‌دارد: «شالوده و پایه این قرار داد منتفی شده و هانری مطابق این امر از اجرای تعهد قراردادی مبنی بر پرداخت مال الاجاره معاف می‌شود (دکترین عقیم دن)» این در حالی است که اجرای تعهد قرار دادی که عبارت است از تسلیم مورد اجاره به مستأجر عملاً غیر ممکن نشده بود و هانری می‌توانست در روزهای معین از مورد اجاره استفاده نماید ولیکن هدف خاص مورد نظر او از اجاره (تماشای مراسم تاج گذاری) منتفی شده است. (Schwartz, 17) انتفای هدف قرارداد تنها به غیرممکن شدن فیزیکی محدود نمیشود؛ نکته قابل توجه در دعوی مذکور این است که مستأجر مکان مزبور را به هدف تماشای مراسم تاج‌گذاری اجاره کرده و هدف مذکور با مریضی

تاجگذاری متعهد شده بود و لذا با لغو این مراسم اجرای یکچنین تعهدی افزون بر میزان معمول است. و ثالثاً، یکچنین وضعیتی طرفین را در حالت عدم تعادل و توازن قراردادی (Contractual Imbalance) قرار میدهد؛ چراکه یکی از طرفین بیش از مبلغ معمول و متعارف را به عنوان اجاره‌بها دریافت مینماید و طرف دیگر نیز بی آن که نفع متوقع را ببرد بیش از مبلغ معمول و متعارف را به عنوان اجاره بها می‌پردازد. لذاست که با تجمیع شرایط «دشواری مفرط» ناشی از «تغییر بنیادین اوضاع و احوال» محاکم انگلیس با تمسک به دکتترین انتقای هدف قرارداد متعهد را از پرداخت اجاره بها (اصل تعهد) و همچنین خساراتی که ممکن است حاصل شده باشد معاف و قرارداد را عقیم (منتفی) میدانند. در خصوص بحث انتقای هدف قرارداد ذکر چند نکته ضروری است: اولاً، اگر با بروز حادثه‌های هدف اولیه قرارداد منتفی شده باشد ولو اجرای قرارداد عملاً غیرممکن نشده باشد، بر اساس نظریه منتفی شدن هدف قرارداد، متعهد از انجام تعهد معاف می‌گردد. ثانیاً، حادثه باید اساس و بنیان عقد را دگرگون سازد و واقعا اجرای قرارداد را بی اثر سازد. (صادق مقدم، پیشین، ۱۷۲) ثالثاً، مهمترین معیار این است که تعیین نماییم آیا هدف منتهی شده، هدف مشترک طرفین قرارداد بوده یا خیر؟ مضافاً این که باید اثبات ود هدف مشترک، انگیزه اصلی طرفین برای انعقاد قرار داد به حساب می‌آید. توجه به این نکته ضروری است که هدف حداقلی کسب سود به عنوان هدف مشترک قرار داد مورد توجه قرار نمی‌گیرد. (Girsberger, cit, 135)

لذا بنابر گفته های پیشین روشن شد که برای استنباط مقررات حاکم بر وضعیت «دشواری مفرط» و «تغییر بنیادین اوضاع و احوال» در حقوق انگلستان (کامن لا) باید به دکتترین «عقیم شدن» یا «انتقای» قرارداد در این نظام حقوقی مراجعه کرد (همانطور که برای یافت مقررات حاکم بر «عدم امکان» اجرای تعهدات قرار دادی به دکتترین «غیرعمل بودن» مراجعه کردیم). در مواردی که پس از انعقاد قرارداد، اجرای تعهد قراردادی برای یکی از طرفین یا هر دو «بسیار دشوار» گردد که اولاً، تعادل و توازن قراردادی را میان طرفین از بین ببرد، ثانیاً، هزینه‌ی اجرای قرارداد را برای او افزایش دهد (تشخیص میزان افزایش، علیرغم ذکر اعداد و ارقامی در اسناد بین‌المللی و

تفاسیر رسمی بر عهده قاضی است) و ثالثاً، نفع متوقع زمان انعقاد قرار داد را برای او کاهش می‌دهد، متند به دکتترین انتقاعی قرارداد، قرار داد منتفی شده و شخص متعهد از اجرای اصل تعهد و بالتبع پرداخت خسارت معاف خواهد شد. البته حادثه ای که سبب پدید آمدن وضعیت «دشواری» شده است باید غیرقابل پیش بینی و غیر قابل کنترل باشد و در مواردی نیز که هدف قرار دادی منتفی شده، هدف مزبور هدف مشترک و انگیزه اصلی طرفین از انعقاد قرارداد باشد، مضافاً این که حادثه مزبور اساس و بنیان عقد را نشانه رود و لذا اجرای آن را بسیار دشوار نماید هر چند اگر همچنان اجرای آن ممکن باشد. لذا در صورت تجمیع شرایط و مؤلفه های فوق الذکر، نظریه «تغییر بنیادین اوضاع و احوال» و نتیجه آن که «دشواری مفرط» در اجرای تعهدات قرار دادی باشد، در حقوق انگلستان (کامن لا) در قالب و شکل دکتترین «عقیم شدن» یا «انتقای» قرارداد (خاصه انتقای هدف قراردادی» مبنایی موجه برای عدم اجرای تعهدات قراردادی به حساب می‌آید، تاثیر آن بر قرارداد، انحلال (انتقاع و عقیم شدن) آن است و متعهد قراردادی را نیز که با یک چنین مانعی مواجه شده، در فرض اثبات اصل این مانع و تمامی شرایط و معیارهای آن، از اجرای اصل تعهد و خسارات حاصله معاف می‌دارد (لذاست که از آن تحت عنوان «معافیت ناشی از دشواری» یاد می‌شود). بدیهی است در صورت فقدان یکی از شرایط و مؤلفه های مذکور، محاکم انگلیسی به عقیم شدن قرارداد و معافیت متعهد قراردادی از اجرای اصل تعهد و خسارات حاصله رأی نخواهند داد. چنانکه برخی از صاحب نظران حقوق انگلستان معتقدند محاکم انگلیس میل زیادی به نظریه عقیم شدن ندارند و جز در فرض تام و کامل بودن تمامی شرایط بر پایه آن حکم صادر می‌کنند؛ برای مثال در جایی که حادثه پیش‌آمد کرده قابل کنترل بوده و سبب آن نه امر خارجی بلکه عمل شخص متعهد است، ادعا بر اساس دکتترین انتقای قرارداد مردود است و قرارداد در این حالت معتبر باقی مانده و بر اساس نظریه تقسیم یا توزیع خطر (Risk Allocation) متعهد حسب مورد و بسته به شرایط موجود، مکلف به اجرای اصل تعهد یا پرداخت خسارت (بر اساس ضابطه نفع متوقع) (Expected Interest) خواهد بود. (Ibid, 52) بحث تعدیل قرارداد و عدم انحلال آن در فرض رخداد وضعیت «دشواری مفرط» نیز نظریه دیگری

جدید و نو را دارد. شیوه استنباط احکام که فن استخراج فروع از اصول است و انطباق قواعد کلی بر مصادیق فردی، اگر با در نظر گرفتن شرایط زمانی و مکانی قرین گردد، خواهد توانست برای هر موضوع پاسخ روشنی داشته باشد.

ابتدا از معنای عسر و حرج و ضابطه آن سخن گفته و پس از آن بر مواردی از کلام فقها در استناد به قاعده نفی عسر و حرج اشاره می‌کنیم و در قسمت انتها، تقریب استدلال به قاعده نفی عسر و حرج در مواردی که تغییر اوضاع و احوال در قراردادها در نتیجه بروز حادثه غیرمترقبه منجر به دشواری اجرای قرارداد شده و متعهد در عسر و حرج قرار می‌گیرد را بیان خواهد شد.

#### ۴-۱-۱) مفهوم عسر و حرج

معنای لغوی عسر که در مقابل یسر است، عبارت از ضیق، شدت و صعوبت است و در مجمع البحرین به دشواری شدید معنا شده است. (نراقی، ۱۴۰۸، ۶۰) خدای سبحان در قرآن کریم مفاهیم عسر و یسر را کنار هم به عنوان نقیض یکدیگر آورده است، آنجا که می‌فرماید سبجعل الله بعد عسر یسرا. (سوره طلاق، آیه ۷) و یا در جای دیگر می‌فرماید فان مع العسر یسرا. (سوره انشراح، آیات ۵-۶) معنای عسر آن چیزی است که در آن دشواری شدید باشد به حدی که به ضیق برسد. حرج نیز به معنای ضیق است و ضیق خود نقیض سعه است. (ابن منظور، ۱۹۸۸، ۱۱۰) طاقت و استطاعت نیز به معنای قدرت و اسعه است. آنچه عرف از معنای عسر و حرج می‌فهمد هر چیزی است که در غایت صعوبت و شدت است و یا به دشواری شدید اطلاق می‌گردد. از آیات و روایات انتفای تکلیف در موارد زیر مستفاد می‌گردد: ۱- مالایطاق؛ ۲- مافیة الضیق؛ ۳- مافیة العسر

پس حکم آنچه ورای طاقت بشری است و در آن ضیق و عسر و دشواری و صعوبت است، اعم از تکلیفی و وضعی منتفی است. برای شدن زوایای بحث، مراتب تکالیف متصور از نظر عقل را می‌توان به چهار دسته زیر تقسیم کرد.

الف) تکلیفی که به حد عسر نمی‌رسد و از آن به سعه و سهولت و یسر تعبیر می‌گردد.

ب) تکلیفی که شدید و دشوار است اما به حد ضیق نمی‌رسد.

ج) تکلیفی که ضیق و غیر واسع است ولی به مرحله

است که با برقراری مذاکرات مجدد میان طرفین قرارداد میتواند قابل تأمل باشد. خاصه آنکه اصل لزوم قراردادها نیز پشتوانه و حامی محکمی برای آن تلقی می‌گردد.

#### ۴) نظام فقهی ایران

اصل لزوم قراردادها، متضمن استحکام عقود و معاملات است. طرفین یک قرارداد با توجه به تحولات و تغییرات قابل تصور و پیش بینی مبادرت به انعقاد عقد می‌کنند. این شرایط برای قراردادهای معمولی، معقول و منطقی است لیکن در برخی شرایط در اثر وقوع حوادث ارادی یا غیرارادی در اوضاع و احوال بشر آنچنان تغییراتی رخ می‌دهد که غیر قابل تصور، غیرقابل پیش بینی و غیرقابل اجتناب است. چنانکه وقوع این تغییرات یا حوادث، موجب عدم امکان اجرای قرارداد می‌شود. ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران بیان می‌دارد، متعهد از انجام تعهد معاف می‌گردد. اما در صورتیکه آثار وقوع حوادث و تغییر در اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد، اجرای قرارداد برای متعهد موجب دشواری بیش از حد و یا ضرر غیرمتعارف گردد و در عین حال اجرای تعهد غیرممکن نشود، قانون کشور ما در این حالت راه حل روشنی ارائه نمی‌کند. لذا طرح این نظریه در حقوق ایران مستلزم بررسی فقهی موضوع در آثار فقها و اندیشمندان اسلامی است که به برخی از نظریات اشاره می‌کنیم.

#### ۴-۱) مبانی نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه

از آنجاییکه مبانی قوانین و مقررات در کشور ایران فقه امامیه است، در مقایسه مقررات با قواعد اسلامی تلاش می‌شود در تبعیت از فقه مذکور و به ویژه تامین نظرات مشهور انجام گردد. نظریه تغییر در اوضاع و احوال از نظرات جدیدی است که در هر یک از سیستمهای مختلف حقوقی به نحوی و تحت عنوانی خاص مطرح و آثاری بر آن مترتب گردیده است. اما این نظریه در سیستم حقوقی کشور ایران که بیش از هر سیستم دیگری متکی به اعتقادات مذهبی است و برای اصل لزوم قداست خاصی قابل است، کاملاً جدید است. به همین دلیل منابع کافی برای تحقیق در این زمینه در متون و کتب فقهی وجود ندارد.

با توجه به جدید بودن این نظریه به نظر نمی‌رسد که موضوع در فقه بدون راه حل باشد. فقه امامیه در عین پای بندی به اصول تغییر ناپذیر، توانایی ارائه طریق برای مسایل

نیست بلکه حاکم، حکم به انجام تعهد با هزینه متعهدله می- نماید. اکنون به مواردی که فقهای عظام با استناد به قاعده عسر و حرج تکالیف مکلفین را ساقط کرده و یا تخفیف داده اند خواهیم پرداخت:

#### ۴-۱-۲) مستندات و شمول قاعده

آنچه معمولاً فقها در خصوص قاعده نفی عسر و حرج بیان داشته‌اند، در واقع؛ تکالیف حرجی در عبادات بوده است. با توجه به قاعده نفی عسر و حرج، در خصوص قاعده نفی عسر و حرج مخصوص از احکام تکلیفی است و یا اینکه احکام وضعی را هم شامل می شود خواهیم پرداخت. قابل ذکر است، مستندات قاعده نفی عسر و حرج؛ ۱- آیات و ۲- روایات و ۳- دلیل عقلی است.

لسان، دلیل نفی عسر و حرج بوده و عام و مطلق است. در کلیه مواردی که این وضعیت حاصل شده قابل اعمال آنچه به موجب قاعده عسر و حرج نفی می‌شود، نفس حکم حرجی است. اعم از اینکه، حکم از احکام تکلیفی و یا وضعی باشد. از آیات، روایات و همچنین دلیل عقلی استنباط می‌گردد که آنچه مرفوع است حکم حرجی است و تفاوتی بین احکام تکلیفی مانند؛ نماز، روزه و عبادت دیگر و احکام وضعی از قبیل طهارت، نجاست و ولایت و زوجیت و ملکیت نیست. پس چنانچه در مجموعه احکام متعلق به افعال مکلفین یا موضوعات خارجی، عسر و حرجی بوده باشد، مکلف موظف به انجام آن نیست و در صورت عدم انجام تکلیف، مواخذه نمی‌شود. درست است که در روایات وارده معمولاً موضوعاتی مورد سوال است که مربوط به عبادات از قبیل وضو و غسل است ولیکن همه فقها بر این مطلب اتفاق نظر دارند که کلیه اوامر و نواهی صادره از جانب خداوند تنها در صورتی ماخوذ است که داخل در توانائی و طاقت مکلف باشد. این موضوع از روایت حمزه بن طیار چنین برداشت می‌شود که آن معصوم (ع) فرموده است: «هر چیزی که مردم به آن امر شده اند در حد توانائی آنهاست و اگر چیزی خارج از توان و طاقت آنها باشد، از عهده آن خارج است» (موسوی بجنوردی، همان، ۲۱۰). با بررسی قابل توجهی که از متون فقهی به عمل

مالایطاق و خارج از طاقت نمی رسد و از آن به حرج نیز یاد می شود .

(د) تکلیف خارج از طاقت و مافوق توانائی و استطاعت. (نراقی، ۱۴۰۸، ۶۱)

بحثی در سقوط تکلیف مالایطاق نیست و با توجه به اینکه معمولاً تکلیف همراه با مشقت و کافت است، مورد اول نیز از محل بحث ما خارج است. بنابراین آنچه باید روشن شود در مورد تکالیفی است که شدید و دشوار است و یا به حد مالایطاق نرسیده است. در اینکه در همه تکالیف دشواری و مشقت وجود دارد تردیدی نیست اما میزان دشواری بستگی به نظر عرف دارد . طرفین به نحو ضمنی در هر قراردادی پذیرفته اند که نتیجه قرارداد نباید خارج از طاقت و توانائی طرف دیگر باشد و الا تکلیف ساقط می‌گردد. سقوط تکلیف مالا یطاق نیز عقلی است و در همه ادیان و اقوام و ملل پذیرفته است. (بروجردی، ۱۳۸۹ه.ق، ۱/۲۱۱؛ به نقل: محمدحسن صادقی مقدم، ۱۳۷۷، ۱۴۵)

نکته دیگری که باید در همین بند روشن شود این است که دشواری و صعوبت تکلیف نسبت به هر مکلف با چه ضابطه ای سنجیده می‌شود؟ به عبارت دیگر مکلف باید چه خصوصیات داشته باشد تا بتوان هر تکلیف را نسبت به وی سنجید. تکلیفی ممکن است نسبت به شخصی دشوار و حرجی باشد اما نسبت به فرد دیگر در حد طاقت و توانایی وی باشد. ضابطه حرجی بودن تکلیف، عرف است. اگر انجام عملی به نظر اکثر مردم برای مکلف مشکل باشد، مشمول عسر و حرج می‌گردد ولو این عمل برای افراد دیگر حرجی نباشد . عمل ممکن است در زمانی حرجی باشد ولی در زمان و یا مکان دیگری حرجی نباشد یا نسبت به شخص حرجی و نسبت به شخص دیگر حرجی نباشد. در نتیجه می توان گفت که مشقت و صعوبت در تکالیف نسبت به شخص سنجیده می شود . همچنین با توجه به زمان و مکان خاص در نظر گرفته می شود. در انجام تکالیف، ضابطه عسر و حرج شخصی است نه فرعی.

فقها نیز شخصی بودن ضرر و حرج را مورد تاکید قرار داده اند. (نجفی خوانساری، ۱۳۵۷، ۲۲۲؛ سید میرزا، ۲۰۱ و ۲۲۳؛ خوئی، ۱۳۸۲، ۱۶۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۱۰۳) پس در مورد انجام تعهداتی که بدون شرط مباشرت بوده و به وسیله دیگران نیز قابل اجرا است عدم توانائی شخص متعهد، رافع مسئولیت وی

ملزم می نماید اما بحث اصلی در دو دسته دیگر از تقسیم چهار گانه تکالیف است. این دو دسته عبارت به: الف- تکالیفی که شدید و دشوار است ولی به حد ضیق و تنگنا می رسند و ب- تکالیفی که شدید ترند و حد حرج می رسند.

صرف نظر از تقسیم بندی مذکور به نظر می رسد که اگر شدت تکالیف و دشواری آنها در حدی باشد که با الزام متعهد و یا مکلف به انجام تعهد وی در مشقت و حرج واقع می گردد، مشمول قاعده نفی عسر و حرج است.

#### ۴-۱-۳) تقریب استدلال

منظور از طرح این موضوع بررسی و یافتن پاسخ این سؤال است که آیا در صورت بروز حوادث غیرمترقبه و یا تغییر اوضاع و احوالی که قرارداد در آن اوضاع و احوال منعقد شده است و در نتیجه اجرای تعهد با دشواری و مشقت غیر قابل انتظاری همراه گردیده است، میتوان متعهد را از انجام تعهد معاف کرد؟ به عبارت دیگر متعهدی که با پذیرفتن شرایط قرارداد، ملتزم به انجام مفاد آن گردیده است، با تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و دشواری اجرای تعهد، باز هم باید به تعهدات خود عمل نماید یا اینکه به دلیل قاعده نفی عسر و حرج می تواند از انجام تعهد سرباز زند؟

باید گفت اگر در اثر حکم شارع، شخص مکلف از نظر عرف در مشقت و حرج و ضیق واقع گردد، خواه این حکم از احکام تکلیفی از قبیل نماز، روزه و مقدمات آن از واجبات و یا نهی از انجام محرمات و خواه حکم از احکام وضعی از قبیل لزوم و جواز و تعهد به انجام امری باشد، انجام اعمال مذکور مواخذه نمی شود و مسئول نیست.

با استدلال فوق می توان به معافیت متعهدی که تعهد به ساخت جاده و یا ابنیه ای از قبیل پلهای بزرگ، سد، نیروگاه و یا ساختمانی نموده باشد و به دلیل بروز جنگ و یا حوادث غیر مترقبه دیگر قیمت ها بالا رفته، مواد اولیه کمیاب و هزینه نیروی کار افزایش یابد و از این طریق انجام تعهد برای وی دشوار و موجب مشقت و حرج گردد، حکم کرد. در بعضی موارد امکان انجام تعهد با تحمل هزینه ای گزاف وجود دارد، مثلا متعهد می تواند با فروش منزل مسکونی و ملزومات شغلی و وسیله ایاب و ذهاب خود و تحمل هزینه ای گزاف و خارج از متعارف، تعهد را به انجام برساند اما قطعا اجرای تعهد در این صورت موجب مشقت عسر و حرج متعهد است. در این صورت

آمد،<sup>۱</sup> این مطلب روشن شد که قاعده نفی عسر و حرج غالباً در احکام تکلیفی مطرح است و اما این به آن معنی نیست که در معاملات و قراردادهای کاربردی ندارد. فقهای عظام در برخی از موارد با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، حکم به رفع الزام از تعهدی که موجب مشقت و حرج است، نموده اند. به عنوان مثال، در قراردادی که برای حفر چاه بین دو نفر منعقد گردید و به دلیل سختی زمین و یا مواجه شدن با سنگی که بیرون آوردن آن موجب مشقت و دشواری وی می گردد، این سؤال مطرح می گردد که آیا حکم وضعی ناشی از انعقاد قرارداد یعنی الزام به انجام تعهد با استناد به قاعده عسر و حرج برداشته می شود؟ به عبارت دیگر آیا متعهد ملزم به انجام تعهد است؟ هر چند که اجرای آن وی را در مشقت و دشواری قرار دهد و یا به دلیل نفی هر گونه حکم حرجی، عقد منفسخ می گردد.

مرحوم صاحب جواهر (ره) در جواهر الکلام در مورد التزام به حفر چاهی که به خاطر صعوبت و سختی زمین، متعهد در عسر و حرج می افتد، با استناد به همین قاعده نفی عسر و حرج، حکم حرجی را مرفوع و حکم به رفع الزام متعهد از ادامه حفر چاه می نماید. (نجفی، همان، ۲۹۱)

با عنایت از تعبیر مختلفی که فقها از تعذر، عسر، عجز و اینگونه موارد داشته اند، (الحسینی العاملی، ۱۸۷ و همچنین ر.ک : محقق البحرانی، ۱۳۶۳، ۴۲۲ و ۳۷) معلوم است که میزان توانائی و طاقت فرد است. اگر متعهدی در اثر انجام تعهد در عسر و حرج و ضیق و مشقت واقع شد و انجام تعهد خارج از توانایی و طاقت متعارف و میزان تلاش معقولی که باید انجام دهد، باشد وی را می بایست از انجام تعهد معاف کرد. آنچه به دلیل بروز حوادث غیرمترقبه و یا تغییر اوضاع و احوال و یا دلایل دیگر، اکنون متعهد باید انجام دهد، چیزی نیست که متعاقبین از انعقاد قرارداد و آثار آن انتظار داشته اند.

در تقسیم عقلائی تکالیف معلوم گردید که امر به انجام تکالیف خارج از طاقت، به معنی غیرممکن، محال است. تکالیف معمولی که غالباً با دشواری تحقق می یابد، نیز باید انجام گیرد، خواه از تکالیف عبادی مانند حج و جهاد و روزه باشد و خواه از تعهداتی که انسان در اثر انعقاد قرارداد، به آنها تن داده و خود را

<sup>۱</sup> در این بررسی با استفاده از نرم افزارهای رایانه ای بیش از ۶۰۰ جلد کتاب فقهی امامیه و عامه از متأخرین و متقدمین فقها، و همچنین کتب روائی شیعه و سنی مورد بررسی و تحقیق قرار گرفته است.

فورت، آ.د.م.، «بررسی تطبیقی نظریه عقیم شدن اقتصادی قرار داد های تجاری»، مترجم: حسین میرمحمد صادقی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۰، قریشی، علی اکبر، قاموس قرآن، ج ۴-۳، چاپ ۳، سال ۱۳۶۱، چاپ منشورات الهجره، قم.

کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ۲.

لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران، انتشارات سپهر، ۱۳۸۱.

محقق البحرانی، الحدایق الناضره، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۳، ه.ش، ج ۱۳ و ج ۱۶

مراغه ای، میرعبدالفتاح، ۱۳۹۷ ه.ق، عناوین الاصول در قواعد عامه فقه، چاپ سنگی، بی نا و با همین عنوان موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.

مقدری امیری، عباس؛ عسگری، حکمت اله، تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران، فصلنامه پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، ش ۴۱

نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۳۷۵، عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ سنگی، بی تا، ۱۳۴۵ ه.ق

Girsberger, Daniel and Paulius Zapolskis, FUNDAMENTAL ALTERATION OF THE CONTRACTUAL EQUILIBRIUM UNDER HARDSHIP EXEMPTION, Jurisprudence, 2012, 19(1).

John A. westberg, Contract Excuse in International Business Transaction: Awards of the Iran United States claims, in foreign Investment law journal, VOL.4 N.1, 1989.

Rosler, Hannes, Hardship in German Law (Comparative Approach), European Review of Private Law, Kluwerlawonline.

Schwartz, Andrew A , A “Standard Clause Analysis” of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause, Legal Studies Research Paper Series, University of Colorado Law School.

نیز الزام متعهد به فروش اموال شخصی که برای خود و خانواده وی مورد نیاز است دلیلی ندارد. شاید یکی از دلایل عدم اجبار مدیون به فروش خانه و لوازم اشتغال و وسیله ایاب و ذهاب و پرداخت دین، در عسر و حرج قرار گرفتن مدیون و یا خانواده وی باشد.

## منابع:

قرآن کریم.

ابن منظور، لسان العرب، بیروت، داراحیاء التراث، ۱۹۸۸ م، ج ۸. انیس، ابراهیم، و همکاران، المعجم الوسیط، الجزء اول و الثاني، ج ۷، ۱۳۷۶، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ص ۵۹۰.

بجنوردی، سید میرزا حسن، قواعد الفقیه، در ۵ مجلد، تهران، منشورات الصدر، الطبعة الثانية، و همچنین چاپ دوم، ۱۳۷۲، انتشارات میعاد و همان عنوان، ۱۳۲۴، انتشارات دلیل ما، قم.

بستانی، فواد افرام، فرهنگ ابجدی الفبایی عربی- فارسی، مترجم: رضا مهیار، نشر اسلامی، ۱۳۷۶، نشر اسلامی، ج ۲ بنایی اسکویی، مجید، مقاله: تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱، ۱۳۹۲.

حسین آبادی، امیر، تعادل اقتصادی در قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹-۲۰، قرارداد ۱۹۷-۱۹۸.

سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه، نجف اشرف، مطبعة الاداب، ۱۳۸۲ ه.ق، ج ۳.

سید احمد خوانساری، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ ه.ق، ج ۳.

سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقیه، قم، ۱۳۸۹ ه.ق، ج ۱.

شیخ الدین مرتضوی، مجمع فخر طریحی، مکتب انتشارات، البحرين، جلد ۶، تهران، ۱۴۱۶ ه.ق.

شیخ محمد جواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۷.

شیخ موسوی نجفی خوانساری، مینه الطالب (حسن موسوی بجنوردی، تقریرات میرزای نائینی)، بی جا، ۱۳۵۷ ه.ق، ج ۲.

صادقی مقدم، محمد حسن، «مطالعه تطبیقی «تاثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرار داد» و راه حل حقوق ایران» مجله حقوقی (نشر به دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی

ایران) شماره ۲۵، ۱۳۷۹