

مقایسه عقیم شدن قرارداد در حقوق کامن لا با فورس ماژور، قاعده عسر و حرج و هاردشیپ

مهدی تلبا^۱

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۲/۰۹

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه اصفهان تاریخ تأیید: ۹۵/۰۹/۲۰

علیرضا ابراهیمی^۲

استادیار دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه قم

چکیده

اصل لزوم قراردادهای یکی از اصول مهم در قراردادهاست که در همه نظام‌های حقوقی دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است و به موجب آن دو طرف قرارداد ملزم به اجرای تعهدات قراردادی خود هستند، با وجود این گاهی اوقات شرایطی پیش می‌آید که اجرای قرارداد را ناممکن می‌کند یا سبب ایجاد تغییرات اساسی در اوضاع و احوال قرارداد می‌گردد؛ به گونه‌ای که اجرای تعهدات قراردادی با دشواری زیادی همراه می‌شود. این حوادث را تحت عنوان معاذیر قانونی اجرای قرارداد مطالعه می‌کنند. از اصلی‌ترین نظریات معاذیر قانونی، دکترین عقیم شدن قرارداد در حقوق کامن لا، قاعده عسر و حرج در اسلام، فورس ماژور و هاردشیپ در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (اصول یونیدروا) هستند. نظریات بیان شده، از این نظر با یکدیگر شباهت زیادی دارند که موضوع اصلی آنها، معافیت متعهد و انحلال قرارداد در مواقعی است که در نتیجه حادثه خارجی، اجرای قرارداد غیرممکن و یا به نحو چشمگیری دشوار می‌گردد. با توجه به شباهت‌های موجود بین این نظریات در این نوشتار تلاش می‌شود تا ضمن بررسی این نظریات، شباهت‌ها و تفاوت‌های آنها نیز بیان شود.

واژگان کلیدی: عقیم شدن قرارداد، عسر و حرج، فورس ماژور، هاردشیپ.

مقدمه

اصل اولیه‌ای که در اکثر نظام‌های حقوقی در رابطه با قرارداد مورد پذیرش قرار گرفته است «اصل قداست قرارداد»^۳ است. این اصل لازمه هر قراردادی است؛ زیرا طرفین قرارداد را ملزم به اجرای تعهدات خود می‌کند و از منافع تعهد حمایت می‌کند. این در حالی است که یک قرارداد نمی‌تواند به لحاظ اقتصادی نقش مؤثری ایفا کند؛ در حالی که طرفین آن ملزم به اجرای تعهدات قراردادی خود نباشند. از طرف دیگر اجرای مفرط این اصل به نتایج متضادی با آنچه که هدف از اعمال آن بوده است، می‌انجامد؛ زیرا در مواقعی شرایطی به وجود می‌آید که اجرای قرارداد را

1. Email: telbalaw@gmail.com

«نویسنده مسئول»

2. Email: ali110qom@yahoo.com

3. Pacta sunt servanda

ناممکن و یا به طور فوق‌العاده دشوار می‌کند و ملزم دانستن متعهد به اجرای تعهداتش امری بر خلاف عدالت است. این حوادث در اصطلاح معاذیر قانونی خوانده می‌شود. از مهم‌ترین این معاذیر قانونی می‌توان به دکترین عقیم شدن قرارداد (Frustration of contract)، عسر و حرج، فورس مائور (Force majeure) و هاردشیپ (Hardship) اشاره کرد. هر یک از این نظریات که در حقوق بین‌الملل به بررسی آن‌ها می‌پردازیم، دارای شباهت‌هایی با یکدیگر هستند اما در عین حال میان آن‌ها تفاوت‌هایی نیز وجود دارد که به ذکر آن‌ها خواهیم پرداخت.

در این نوشتار به بررسی و تبیین دکترین عقیم شدن قرارداد، قاعده عسر و حرج، فورس مائور می‌پردازیم و در ادامه آن‌ها را با یکدیگر مقایسه می‌کنیم.

۱- شناخت دکترین عقیم شدن قرارداد

قراردادهایی که در انگلستان منعقد می‌شدند تا قبل از قرن نوزدهم مطلق تلقی می‌شدند و هیچ عذری برای عدم اجرای قرارداد پذیرفته نمی‌شد. این نظریه که به نظریه قرارداد مطلق (Absolute contract) موسوم بود، برای توجیه خود بیان می‌داشت که طرفین قرارداد همیشه این امکان را دارند که به وسیله پیش‌بینی شروطی در قرارداد خود را در برابر این حوادث پیش‌بینی نشده محافظت کنند (Cheshire, 1994: 569). برای بیان مطلق بودن قرارداد به ذکر قضیه Paradin v Jane می‌پردازیم:

در این قضیه مستأجر برای برای معافیت از پرداخت اجاره بها اقامه دعوا کرد و ادعا کرد که زمین مورد اجاره را به دلیل تجاوز دشمنان پادشاه، دو سال در اختیار نداشته است. در این قضیه دادگاه مستأجر را مسئول شناخت و بیان داشت «مستأجر موظف به پرداخت اجاره بها است؛ زیرا او پرداخت اجاره بها را تعهد کرده است، صرف نظر از اینکه حوادث اجتناب پذیر این امکان را به او نداده‌اند که بتواند از مورد اجاره استفاده کند و استدلال کرد که مستأجر می‌توانست، در قرارداد شروطی را در مقابل بروز این حوادث پیش‌بینی کند (Osadare, 2009: 9). این نظریه غیر منصفانه به نظر می‌رسید؛ زیرا همان‌طور که یکی از نویسندگان بیان داشت، طرفین قرارداد چگونه می‌توانند در برابر همه حوادثی که غیر قابل پیش‌بینی هستند شروطی را در قرارداد بگنجانند (Treitel, 1999: 778).

در اواخر قرن نوزدهم دکترین عقیم شدن قرارداد به وجود آمد. طبق این دکترین عقیم شدن قرارداد هنگامی رخ می‌دهد که حوادثی غیرقابل پیش‌بینی بدون تقصیر طرفین قرارداد رخ می‌دهد و شرایط اجرای قرارداد را با آنچه که طرفین در زمان انعقاد قرارداد بر عهده گرفته بودند، به طور چشمگیری متفاوت می‌کند (Litvinoff, 1985:10) و در نتیجه تغییراتی که در قرارداد

به وجود می‌آید اجرای تعهدات قراردادی از نظر عملی یا قانونی ناممکن می‌شود و یا اینکه این تغییرات باعث می‌شود که هدف مورد نظر طرفین در قرارداد از بین برود. برای اینکه حادثه‌ای سبب عقیم شدن قرارداد گردد، باید دارای شروطی از این قرار باشد: (۱) حادثه از قصور طرفین ناشی نشده باشد؛ (۲) حادثه به وجود آمده، قرارداد را غیرممکن کند و یا به طور اساسی از چیزی که طرفین هنگام انعقاد قرارداد در نظر داشته‌اند، متفاوت کند؛ (۳) حادثه پس از انعقاد قرارداد رخ دهد و قرارداد را به طور عملی یا قانونی ناممکن کند یا هدف قرارداد را از بین ببرد؛ (۴) شرطی در رابطه با حادثه به وجود آمده در قرارداد پیش‌بینی نشده باشد (5: Gritsenko, 2014).

۲- اسباب ایجاد عقیم شدن شدن قرارداد

عقیم شدن قرارداد در سه حالت امکان دارد که به وقوع ببینند که عبارت‌اند از: (۱) عدم امکان اجرا، که به موردی اشاره دارد که قرارداد از لحاظ عملی غیرممکن می‌شود؛ (۲) عقیم شدن هدف قرارداد؛ (۳) عدم مشروعیت که تحت عدم امکان قانونی اجرای قرارداد نیز به کار می‌رود. در ادامه نوشتار به طور خلاصه به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۲-۱- عدم امکان اجرا

عدم امکان اجرا مواردی را در بر می‌گیرد که قرارداد بدون دخالت طرفین به طور واقعی ناممکن می‌شود و در نتیجه باعث عقیم شدن قرارداد می‌گردد (230: Atiyah, 1995). ناممکن شدن اجرا موارد گوناگونی را در بر می‌گیرد که به ذکر چند مورد از مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۱-۱- فوت و عدم اهلیت

در قراردادهایی که شخصیت طرفین جز ارکان عقد است، اگر یکی از طرفین فوت کند یا اهلیت خود را از دست بدهد، اجرای قرارداد ناممکن می‌شود که باعث عقیم شدن قرارداد می‌گردد؛ برای مثال می‌توان به قراردادهایی اشاره کرد که وابسته به توانایی‌های خاص یکی از طرفین باشد و آن شخص اهلیت خود را از دست بدهد. در این مورد می‌توان به قرارداد نقاشی با یک نقاش زبردست اشاره کرد که اگر آن نقاش پس از قرارداد اهلیت خود را از دست بدهد، قرارداد به جهت ناممکن شدن اجرا که از عدم اهلیت نقاش ناشی شده است عقیم می‌گردد. در مواردی نیز ممکن است فوت شخص ثالث قرارداد را عقیم کند؛ برای مثال اگر طرفین قراردادی را منعقد کنند که در آن یکی از طرفین متعهد شود که چهره شخص ثالثی را نقاشی کند و شخص ثالث قبل از اجرای قرارداد فوت کند، اجرای تعهد قراردادی ناممکن می‌شود و در نتیجه قرارداد عقیم می‌گردد (784: Treitel, 1999).

۲-۱-۲- از بین رفتن رکن ضروری اجرا

در این مورد رکن ضروری اجرای قرارداد از بین می‌رود که باعث می‌شود، اجرا ناممکن گردد؛ برای مثال شخصی از یک مؤسسه کرایه اتومبیل، اتومبیل گران بها و منحصر به فردی را برای روز عقد خود اجاره می‌کند، اما اتومبیل در آن روز توقیف می‌شود، در اینجا قرارداد در صورت موجود بودن سایر شرایط عقیم می‌گردد. از بین رفتن رکن ضروری اجرا مانند دیگر اسبابی که سبب عقیم شدن قرارداد می‌گردد، ممکن است تنها قسمتی از اجرای قرارداد را شامل شود که در این موارد در صورت فراهم بودن سایر شرایط تنها سبب عقیم شدن آن قسمت از قرارداد می‌گردد (Treitel, 1999: 786). اگر رکن ضروری اجرا به صورت موقت از دسترس خارج شود، در صورتی قرارداد را عقیم می‌کند که اجرای قرارداد در آن مدت مورد نظر طرفین بوده باشد (Cheshire, 1994: 553).

۲-۱-۳- از بین رفتن منبع اجرا

در مواردی که قراردادی وجود دارد که موضوع اصلی آن باید از یک منبع خاص فراهم شود، اگر این منبع از بین برود در صورت وجود سایر شرایط قرارداد عقیم می‌گردد؛ برای مثال در یک قرارداد فروش محصولات کشاورزی، سیب زمینی‌هایی که از یک قسمت خاص زمین رشد می‌کردند فروخته می‌شود، اما به دلیل حوادث پیش‌بینی نشده، بیشتر محصولات نابود می‌شود و کشاورز نمی‌تواند به تعهد خود عمل کند، در این مورد در صورتی که حادثه بدون دخالت طرفین به وجود آمده باشد و فراهم بودن سایر شرایط، قرارداد عقیم می‌گردد (Poole, 2014: 258). در مواردی که شخصی چند قرارداد منعقد می‌کند که در همه آن‌ها باید تعهد قراردادی از یک منبع خاص اجرا شود و حادثه پیش‌بینی نشده قسمتی از این منبع را از بین ببرد به صورتی که انجام کامل تعهدات از آن منبع، دیگر امکان نداشته باشد تصمیم در رابطه با عقیم شدن تمام یا قسمتی از قرارداد و نحوه آن با دادگاه است مگر در مواردی که طرفین در قرارداد شروطی را پیش‌بینی کرده باشند (Harris, 1989: 362).

۲-۲- عقیم شدن هدف^۱

در عقیم شدن هدف اجرای قرارداد از لحاظ عملی ناممکن نمی‌شود، بلکه هدف اصلی از انعقاد قرارداد از بین می‌رود (Andrews, 2011: 461). در رابطه با عقیم شدن هدف به بیان قضیه *Krell v Henry* می‌پردازیم:

در این قضیه خواننده آپارتمانی را در مسیر تاج‌گذاری پادشاه ادوارد هفتم اجاره کرد تا بتواند مراسم تاج‌گذاری را مشاهده کند اما مراسم به دلیل بیماری پادشاه لغو گردید.

1. Frustration of venture or purpose

عدم برگزاری مراسم تاجگذاری سبب گردید تا هدف انعقاد قرارداد که تماشای مراسم تاجگذاری بود از بین برود (Collins, 2003: 277) و در نتیجه از بین رفتن هدف، سبب گردید تا قرارداد خاتمه یابد (Perillo, 1996: 111). در این قضیه دادگاه به این صورت رأی داد که قرارداد عقیم گردیده است و از آن تاریخ ملغی محسوب می‌شود؛ یعنی مسئولیت طرفین نسبت به اجرای قرارداد در آینده ساقط می‌شود (Mazzacano, 2011: 24).

۲-۳- نامشروع شدن

گروهی از نویسندگان نامشروع شدن را به عنوان یک سبب مجزا در نظر نگرفته‌اند بلکه از آن ذیل عنوان عدم امکان اجرا بحث کرده‌اند و برای عقیم شدن قرارداد دو سبب در نظر گرفته‌اند که عبارت است از عدم امکان اجرا و عقیم شدن هدف، اما بیشتر نویسندگان عدم مشروعیت را به عنوان یک سبب مجزا در کنار دو سبب دیگر ذکر کرده‌اند (Southerington, 2001: n 5.3). نامشروع شدن هنگامی رخ می‌دهد که طرفین قراردادی را به صورت قانونی منعقد می‌کنند اما پس از آن قانون مربوط به آن قرارداد تغییر می‌کند و اجرای آن را ممنوع می‌کند (Nicholas, 1979: 4).

۳- اثر عقیم شدن قرارداد

هنگامی که حادثه‌ای با وجود سایر شرایط سبب عقیم شدن قرارداد می‌گردد، باعث می‌شود که قرارداد به طور خودکار خاتمه پیدا کند و از آن لحظه به بعد طرفین از انجام تعهدات قراردادی خود معاف می‌شوند. مشکلی که در اوایل در رابطه با این قاعده وجود داشت، این بود که در صورتی که طرفین قسمتی از تعهدات خود را قبل از عقیم شدن قرارداد انجام داده بودند، امکانی برای پس گرفتن پرداخت‌های قبلی و مواردی از این قبیل وجود نداشت اما این مشکل در سال ۱۹۴۳ به وسیله قانون اصلاح قراردادهای عقیم شده رفع شد؛ زیرا این قانون قاعده‌ای وضع کرد که به موجب آن تمام مبالغی که قبل از اتمام قرارداد پرداخت شده است، باید بازگردانده شود (LNCKX, 1986: 52).

۴- فورس ماژور در اصول قراردادهای بازرگانی

نظریه فورس ماژور در حقوق داخلی اکثر کشورها و در عرصه بین‌الملل مورد پذیرش قرار گرفته است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (اصول یونیدروا) از جمله مهم‌ترین قوانین بین‌المللی است که فورس ماژور را مورد شناسایی قرار داده است. در ماده ۷-۱-۷ اصول یونیدروا در ذیل عنوان فورس ماژور اینگونه آمده است «عدم اجرای تعهد از سوی یک

طرف قرارداد، در صورتی معذور است که طرف مزبور ثابت کند، عدم اجرای تعهد به دلیل وجود مانعی فراتر از کنترل وی بوده است و در زمان انعقاد قرارداد به طور متعارف انتظار نمی‌رفته است که مانع مزبور به حساب آورده شود، یا از آن یا از نتایج آن اجتناب شود یا بر نتایج آن غلبه شود.» (اخلاقی، ۱۳۹۳: ۴۷).

فورس ماژور که در حقوق ایران قوه قاهره ترجمه شده است، اصطلاحی است که از حقوق فرانسه گرفته شده است. به نظر می‌رسد این واژه برای نخستین بار در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) استفاده شده است و به تدریج همین لفظ و یا ترجمه آن در حقوق کشورهای دیگر و در حقوق بین‌الملل مورد استفاده قرار گرفته است. ریشه این واژه از کلمه *vismagor* از روم گرفته شده است (Barry, 1992: 201). فورس ماژور اینگونه تعریف می‌شود که یک قرارداد به علت حادثه غیر قابل دفع و غیر قابل پیش‌بینی ناممکن می‌شود و در نتیجه باعث منحل یا معلق شدن قرارداد می‌گردد (Amon, Wanlton, 1976: 86). در حقوق فرانسه میان معنای عام (*Lato sensus*) و خاص (*Stricto sensus*) فورس ماژور تفاوت قائل شده‌اند. به این صورت که در معنای عام هر حادثه خارجی، غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل دفع را در بر می‌گیرد که می‌تواند شامل نیروهای طبیعی، افعال شخص ثالث و خود متعهدله شود اما در معنای خاص تنها حادثه‌ای را که ناشی از نیروهای طبیعی است در بر می‌گیرد (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۱۳).

علاوه بر تعاریفی که گفته شد فورس ماژور را می‌توان اینگونه تعریف کرد که بدون تقصیر متعهد، تعهد قراردادی به دلیل تغییر اوضاع و احوالی که قابل انتساب به شخص متعهد نیست غیر قابل اجرا شود (Rimke, 2000: 201). نکته‌ای که باید مورد توجه قرار بگیرد، این است که عدم امکان اجرا در نتیجه فورس ماژور باید مطلق باشد. بنابراین اگر در نتیجه حادثه‌ای تنها متعهد نتواند به تعهد خود عمل کند، فورس ماژور محقق نمی‌شود، اگر چه در برخی از نظام‌های حقوقی تلاش بر این است که عدم امکان نسبی را در محدوده فورس ماژور قرار دهند (شریفی و همکار، ۱۳۹۲: ۱۱۷). از این رو نمی‌توان نظریاتی مانند هاردشیپ را در قلمرو فورس ماژور گسترش داد. هاردشیپ هنگامی ایجاد می‌شود که وقوع حادثه‌ای اساسی تعادل قرارداد را بر هم می‌زند؛ خواه به علت افزایش هزینه اجرا، خواه به علت کاهش ارزش عوضی که دریافت کرده است (Bund, 1998: 7).

با بررسی مفهوم فورس ماژور معلوم می‌شود که این نظریه به صورت کامل در اصول یونیدروا مورد پذیرش قرار گرفته است.

۵- شرایط تحقق فورس ماژور

با توجه به مفهوم فورس ماژور و ملاحظه ماده ۷-۱-۷ اصول یونیدروا می‌توان گفت که برای تحقق فورس ماژور وجود سه شرط لازم است که عبارت‌اند از: ۱) حادثه خارجی باشد؛ ۲) حادثه غیر قابل اجتناب باشد؛ ۳) حادثه غیر قابل پیش‌بینی باشد

۵-۱- حادثه خارجی باشد

حادثه‌ای فورس ماژور تلقی می‌شود که خارجی (Exterieur- erternal) باشد، به این صورت که خارج از کنترل متعهد و قلمرو اراده او باشد و به عبارت دیگر به او قابل انتساب نباشد. بنابراین اگر متعهد از اجرای قرارداد خودداری کند و بعد از این خودداری، حادثه‌ای رخ دهد که اجرای قرارداد را غیرممکن کند، در این حالت متعهد نمی‌تواند به فورس ماژور استناد کند؛ زیرا عدم امکان اجرا به دلیل امتناع وی از اجرای قرارداد بوده است.

۵-۲- حادثه غیر قابل پیش‌بینی باشد

حادثه‌ای فورس ماژور تلقی می‌شود که در زمان انعقاد قرارداد برای طرفین قابل پیش‌بینی نباشد؛ زیرا اگر حادثه قابل پیش‌بینی باشد، طرفین آگاهانه وارد قرارداد شده‌اند و در هنگام انعقاد قرارداد می‌توانستند تدابیر احتیاطی مورد نظر را اتخاذ کنند و در صورت لزوم از اخذ قرارداد خودداری کنند و در نتیجه مسئولیت ناشی از حادثه منسوب به خود آن‌ها است. درباره ملاک قابل پیش‌بینی بودن، باید انسان متعارف در نظر گرفته شود؛ به عبارت دیگر حادثه‌ای غیر قابل پیش‌بینی هست که احتمال وقوع آن معقول و متعارف نباشد (Lindstrom, 2006: 6).

۵-۳- حادثه غیر قابل اجتناب باشد

حادثه‌ای فورس ماژور تلقی می‌شود که غیر قابل اجتناب و به تعبیر دیگر غیر قابل دفع باشد؛ یعنی حادثه خارج از اقتدار متعهد باشد. در واقع با وجود این شرط است که قرارداد غیرممکن می‌شود. درباره شرط غیر قابل اجتناب بودن نمی‌توان معیار روشنی ارائه داد و ملاک عرف رفتار انسان متعارف می‌باشد (توسلی جهرمی، ۱۳۸۵: ۷۶).

۶- اثر حقوقی فورس ماژور

در مواقعی که حادثه‌ای رخ می‌دهد که شرایط فورس ماژور را دارد، باعث انحلال قرارداد می‌گردد، البته گاهی اوقات نیز فورس ماژور باعث تعلیق قرارداد می‌گردد به این صورت که اگر

حادثه‌ای که شرایط فورس مازور را دارد، اگر به صورت دائمی باشد یا موقت باشد اما مدت اجرای قرارداد معین و محدود به آن زمان باشد، قرارداد منحل می‌شود اما در مواقعی که حادثه موقت است و بعد از تمام شدن مدت آن هنوز مهلت اجرای قرارداد منقضی نشده باشد، باعث تعلیق قرارداد می‌گردد و پس از اتمام آثار حادثه قرارداد باید اجرا شود (Rimke, 2000: 219). از آنجا که حادثه‌ای که سبب فورس مازور گردیده است قابل انتساب به طرف مقابل نیست در مواقعی که در نتیجه آن خسارتی به طرف مقابل برسد، متعهد از پرداخت آن معاف می‌گردد.

۷- شناخت قاعده عسر و حرج

حرج در لغت به معنای تنگنا و سختی است (سیاح، ۱۳۷۳: ۲۸۴/۱) و عسر نیز که در مقابل یسر قرار دارد، به معنای سختی و تنگنا است (سیاح، ۱۳۷۳: ۱۰۴۹/۲) که برخی آن را به سختی و تنگنای مالی تعبیر کرده‌اند. (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴: ۵۹۹) کلمه عسر به همراه دیگر مشتقات آن دوازده بار در قرآن مورد استفاده قرار گرفته است که در همه موارد با اندکی تفاوت در معنای سختی و دشواری به کار رفته است (مکارم، ج ۱/ ۱۷۹ و نراقی، ص ۱۸۴ و بیات، ۱۳۹۱: ۳۳). در بعضی موارد مانند آیه ۷۳ سوره کهف در معنای سختی و تنگنای مطلق به کار رفته است و در بعضی موارد مانند آیه ۲۸۰ سوره بقره به معنای تنگنای مالی به کار رفته است. کلمه حرج نیز پانزده بار در قرآن مورد استفاده قرار گرفته است که به معنای تنگی و ناچاری مورد استفاده قرار گرفته است (بیات، ۱۳۹۱: ۳۴) که از نمونه‌های آن می‌توان به آیه ۲ از سوره اعراف اشاره کرد. در همه این آیات منظور از حرج این است که در اسلام برای مردم هیچ حکم حرجی وجود ندارد. عسر و حرج از احکام ثانویه است که بر احکام اولیه حکومت واقعی دارد (بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱/ ۲۷۶). مقصود از «حکومت» همان معنای خاص و مصطلح در علم اصول فقه است (مشکینی، ۱۳۴۸: ۱۲۳)، که نتایج و آثار فراوانی در پی خواهد داشت. برای درک موضوع ذکر یک مثال مناسب است. روزه ماه مبارک رمضان بر تمام بندگان بالغ واجب است اما خداوند در آیه ۱۸۵ سوره بقره می‌فرماید: هر که از شما بیمار سخت حال بود یا در سفر باشد؛ باید در زمانی دیگر روزه بگیرد. در این مورد حکم خداوند این است که شخص نباید روزه بگیرد. بنابراین اگر بیمار سخت حال یا مسافر، روزه بگیرد، خلاف حکم خداوند عمل کرده است.

عسر و حرج در قوانین ایران نیز به کار رفته است که از آن جمله می‌توان به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اشاره کرد که در آن به این صورت ذکر شده است که در مواردی که ادامه زندگی زناشویی، زوجه را در وضعیت عسر و حرج قرار دهد می‌تواند با مراجعه به دادگاه و اثبات عسر و

حرج درخواست طلاق نماید(صفایی، امامی، ۱۳۸۸: ۲۱۲). در بعضی موارد قاعده عسر و حرج موجب عدم لزوم عقد می‌شود؛ زیرا در اکثر این موارد لزوم عقد برای طرف متضرر موجب عسر و حرج می‌شود. البته باید توجه داشت که در این موارد عسر و حرج علت حکم نیست بلکه حکمت تشریح است، از این رو حکم دایر مدار آن نیست. به همین سبب حتی در مواقعی که لزوم معامله موجب عسر و حرج نمی‌شود، حق فسخ معامله از بین نمی‌رود. درباره قاعده عسر و حرج، مواردی در فقه نیز می‌توان یافت؛ برای مثال به عقیده برخی از فقها استعمال لفظ در انشای ایجاب و قبول عقد شرط صحت عقد است، اما در مواردی که استعمال لفظ برای طرفین یا یکی از آن‌ها متعذر است و یا تعلیم تلفظ به آن الفاظ برای آنان موجب مشقت است، شرطیت این امور ساقط می‌شود و انعقاد عقد به وسیله اشاره یا با استعمال الفاظ دیگر مجاز می‌گردد(موسوی، ۱۳۸۰: ص ۸، ۹).

ضابطه تشخیص قاعده نفی عسر و حرج در بعضی موارد شخصی و در بعضی دیگر نوعی است. برای نمونه در نفی حکم جهاد از بیماران، ضابطه شخصی مورد نظر است اما در بعضی دیگر مانند نماز قصری و تشریح تقيه، ضابطه نوعی است (حبیبی، ۱۳۹۱: ۲۸۴).

درباره با اینکه چه نوع مشقتی در قاعده عسر و حرج منظور است، باید گفت که مطلق مشقت و عسری که در بیشتر تکالیف موجود است، منظور نیست بلکه منظور مشقت و سختی شدیدی است که به طور معمول قابل تحمل نیست (قاسمی، ۱۳۸۷: ۱۳۷). برخی دیگر نیز برای عسر و حرج، ملاک عرف را ضابطه قرار داده‌اند و بیان داشته‌اند که عسر و حرج باید در دید عرف موجود باشد(کاتوزیان، ۱۳۷۵: ج ۲، ش ۲۲۵ و نراقی، ۱۸۷) و به بیان عده‌ای دیگر منظور مشقتی است که عرفاً قابل تحمل نباشد(محمدی، ۱۳۸۳: ۲۰۱ و مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۷۴). عده‌ای نیز این ضابطه را به این صورت بیان کرده‌اند که عسر و حرج، تنها عمل به تکلیفی را که موجب عسر باشد، از میان می‌برد(کامیار، ۱۳۷۶: ۲۸)

در مجموع به طور خلاصه می‌توان گفت که منظور از قاعده عسر و حرج این است که خواست خداوند بر بندگان بر آسایش است و نه سختی و گرفتاری، از این رو حکمی که همراه با سختی و تنگنا باشد، جعل نکرده است.

۸- هاردشیپ

هاردشیپ شرایطی را در بر می‌گیرد که بر خلاف فورس ماژور اجرای تعهدات قراردادی به طور کامل غیرممکن نمی‌گردد، بلکه اجرای تعهدات قراردادی برای متعهد به طور فوق‌العاده دشوار می‌گردد(Perillo, 1996: 44). هاردشیپ در نتیجه ریسک‌های متعارف و معمول موجود

در یک قرارداد به وجود نمی‌آید بلکه شرایط ایجاد شده باید به طور فوق‌العاده و غیر قابل پیش‌بینی اجرای قرارداد را دشوار کند (Perillo, 1996, p.44). برخی از نویسندگان دربارهٔ هاردشیپ معتقد هستند که قرارداد حاوی یک شرط ضمنی است که به موجب آن شرایط و اوضاع احوال مهم قرارداد باید بدون تغییر باقی بماند (Southernington, 2001: n 2.4). مثال معمول در رابطه با هاردشیپ این است که پس از انعقاد قرارداد راجع به ساخت، قیمت مواد اولیه مربوطه به طور فوق‌العاده‌ای افزایش یابد (Perillo, 1996: 44).

خاستگاه نظریهٔ هاردشیپ حقوق رم است و به مرور زمان به سایر نظام‌های حقوقی که هاردشیپ را پذیرفته‌اند، راه یافته است. هاردشیپ از نظریه‌ای تحت عنوان *onerosità* از حقوق رم گرفت شده است که به موجب آن حادثه به وجود آمده باید فراتر از ریسک‌های معمول یک قرارداد، اجرای تعهدات قراردادی را به طور غیرقابل پیش‌بینی و به طور فوق‌العاده دشوار گرداند (Perillo, 1996: 44).

نظریهٔ هاردشیپ در نظام حقوق داخلی برخی از کشورها همچون دانمارک^۱، برزیل^۲ و در برخی از اسناد بین‌المللی همچون اصول یونیدروا^۳ پذیرفته شده است. مادهٔ ۶-۲-۲ اصول یونیدروا در تعریف هاردشیپ بیان می‌دارد « هنگامی هاردشیپ پیش می‌آید که بروز حوادثی، تعادل قرارداد را به طور اساسی بر هم می‌زند یا هزینهٔ اجرای تعهد دربارهٔ یک طرف افزایش می‌یابد یا ارزش دریافتی از اجرای تعهد برای یک طرف کاهش می‌یابد؛ و

الف) بروز حوادث یا مطلع شدن طرف زیان دیده از وقوع آنها، پس از انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد؛
ب) در زمان انعقاد قرارداد، به طور متعارف طرف زیان دیده نمی‌توانسته است، این وقایع را مد نظر قرار دهد؛

ج) وقایع مزبور، خارج از کنترل طرف زیان دیده است؛

د) طرف زیان دیده، مسئولیت احتمال خطر ناشی از وقایع را بر عهده نگرفته است.»

در حقوق داخلی برخی از کشورها همچون فرانسه مادهٔ قانونی یا تعریفی از هاردشیپ در قراردادهای تجاری وجود ندارد. در حقوق این کشورها یک اصل اساسی وجود دارد که مقرر می‌دارد طرفین قرارداد مسئول خسارات ناشی از عدم اجرا و یا تأخیر در اجرای تعهدات خود هستند، در صورتی که نتوانند ثابت کنند که عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد ناشی از یک

1. Article 258 of Book 6 of the Dutch Civil Code

2. Article 478 of Brazil Civil Code

3. UNIDROIT Principles, Art. 6.2.2 (Definition of Hardship)

علت خارجی بوده است. در حقوق این کشورها طرفین قرارداد در صورتی که بخواهند تحقق شرایط هاردشیپ در روابط قراردادی آنها موجب معافیت آنها گردد، به پیش‌بینی شروط هاردشیپ^۱ در قراردادهای تجاری خود اقدام می‌کنند. در مواردی که قانون فرانسه بر قراردادی حاکم باشد، قرارداد حاوی شروط هاردشیپ نباشد، نظام حقوقی این کشور ایجاد این شرایط را موجب معافیت شخص از اجرای تعهداتش نمی‌داند. بر خلاف موارد فورس ماژور که بخشی از قانون مدنی فرانسه است و بر همه قراردادهایی که در این کشور واقع می‌شود، حاکم است (۱۰).

۹- عناصر تشکیل دهنده هاردشیپ

با توجه به مفهوم هاردشیپ باید بیان داشت که برای تحقق آن فراهم آمدن پنج عنصر لازم است که عبارت‌اند از: (۱) حادثه و یا اطلاع متعهد از حادثه که پس از انعقاد قرارداد به وجود آمده باشد؛ (۲) حادثه غیر قابل پیش‌بینی باشد؛ (۳) حادثه خارجی باشد؛ (۴) حادثه سبب دشوار شدن فوق‌العاده تعهدات قراردادی گردد؛ (۵) متعهد خطر ناشی از حادثه را بر عهده نگرفته باشد.

۹-۱- حادثه و یا اطلاع متعهد از حادثه پس از انعقاد قرارداد به وجود آمده باشد

این عنصر در ذیل عنوان غیرقابل پیش‌بینی بودن قرارداد، قرار می‌گیرد و ذکر آن در این قسمت از این جهت بود که در اصول یونیدروا به عنوان یک عنصر مستقل ذکر شده است. ماده ۶-۲-۲ این اصول در ادامه تعریف هاردشیپ و در بند اول خود بیان می‌دارد: «بروز حوادث یا مطلع شدن طرف زیان دیده از وقوع آنها، پس از انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد.»

۹-۲- حادثه غیرقابل پیش‌بینی باشد

تقریباً در همه نظام‌های حقوقی که هاردشیپ را به عنوان یکی از عذرهای عدم اجرای قرارداد در نظر گرفته‌اند، این شرط وجود دارد که حادثه‌ای سبب ایجاد هاردشیپ می‌گردد که غیرقابل پیش‌بینی باشد؛ زیرا اگر حادثه‌ای قابل پیش‌بینی باشد، طرفین قرارداد در هنگام انعقاد عقد می‌توانسته‌اند، تدابیر احتیاطی کافی را اتخاذ کنند و حتی می‌توانستند از انعقاد قرارداد خودداری نمایند (مقاله ۳۳، ص ۳). هنگامی که شخص با پیش‌بینی حادثه به استقبال آن می‌رود، نشانگر این موضوع است که خود او خطر ناشی از حادثه را نیز بر دوش کشیده است، لذا هنگام وقوع حادثه نمی‌تواند برای رهایی از مسئولیت اجرای قرارداد به آن استناد کند؛ به عنوان مثال اگر شخص در یک منطقه مستعد باران اقدام به ساخت بنایی کند، ولی وقوع سیل مانع از

1. Hardship clause

انجام تعهدات او گردد، متعهد نمی‌تواند برای معاف شدن از مسئولیت به این حادثه استناد کند؛ زیرا در هنگام انعقاد قرارداد وقوع سیل در منطقه بارانی به راحتی قابل پیش‌بینی بوده است. مقصود از حادثه غیرقابل پیش‌بینی این نیست که آن حادثه در زمان گذشته هیچ‌گاه به وقوع نپیوسته باشد، بلکه حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی تلقی می‌گردد که هیچ اماره‌ای برای تصور پیش آمدنش وجود نداشته باشد (مقاله فورس ماژور یا قوه قاهره، ۱۲۰)؛ به عنوان مثال اگر وقوع سونامی در خلیج همیشه فارس اجرای تعهدات قراردادی متعهد را ناممکن و یا دشوار کند، نمی‌توان بیان داشت که وقوع سونامی در دریا قابل پیش‌بینی است؛ زیرا در هنگام انعقاد قرارداد، هیچ اماره‌ای نسبت به وقوع آن وجود ندارد.

با دقت در مطالب بالا باید گفت که درباره ملاک قابل پیش‌بینی بودن باید به عرف رجوع کرد. ضرورت رجوع به عرف برای حفظ امنیت و ثبات در معاملات است؛ زیرا در غیر این صورت متعهد در هنگام وقوع حادثه‌ای که عرفاً قابل پیش‌بینی است، می‌تواند به راحتی ادعا کند که من حادثه را پیش‌بینی نکرده‌ام. با این اوصاف اگر حادثه قابل پیش‌بینی باشد اما متعهد به دلیل غفلت و مسامحه کاری آن را پیش‌بینی نکند، نمی‌تواند به آن استناد کند.

۹-۳- حادثه خارجی باشد

حادثه‌ای که سبب ایجاد هاردشیپ شده است، باید نسبت به متعهد خارجی باشد؛ به عبارت دیگر متعهد خود سبب ایجاد آن حادثه نباشد؛ زیرا نمی‌توان انتظار داشت که شخص به دلیل حادثه‌ای که از فعل یا غفلت او ایجاد شده است از مسئولیت رهایی یابد. مقصود از خارجی بودن حادثه به این معنی است که حادثه باید خارج از کنترل متعهد و قلمرو اراده او باشد و به او قابل انتساب نباشد (تلبا، ۱۳۹۴: ۸۹). از این رو است که گفته می‌شود، اگر متعهد در انجام تعهد تأخیر کند و حادثه‌ای مانع از تعهد او بشود، نمی‌توان حادثه را خارجی دانست؛ زیرا حادثه به دلیل تأخیر او ایجاد شده است و به عبارت دیگر قابل انتساب به متعهد است؛ به عنوان مثال اگر متصدی کشتی نسبت به حمل کالا تأخیر کند و پس از آن اعمال تحریم‌های اقتصادی مانع از حمل کالا توسط متصدی کشتی گردد، نمی‌توان حادثه را خارجی دانست؛ زیرا تأخیر او سبب ایجاد حادثه شده است. حادثه خارجی می‌تواند ناشی از فعالیت‌های انسان و یا ناشی از نیروهای طبیعی باشد؛ برای مثال در مواقعی اعتصاب کارگران سبب ایجاد حادثه می‌گردد و در مواقعی نیروهای طبیعی همچون سیل مانع از انجام تعهد می‌گردد. آنچه که اهمیت دارد، این است که حادثه قابل انتساب به متعهد نباشد.

۹-۴- دشوار شدن فوق العاده تعهدات قراردادی

درباره دشوار شدن فوق العاده تعهدات قراردادی آنچه اهمیت دارد، این است که صرف دشوار شدن تعهد سبب به وجود آمدن شرایط هاردشیپ نمی‌گردد و تمیز بین دشوار شدن فوق العاده و صرف دشوار شدن این است که مواردی را که باعث می‌گردد تا یکی از شرایط هاردشیپ فراهم شود، با مواردی که اینگونه نیست، تشخیص داده شود؛ به عبارت دیگر در صورتی که اجرای تعهدات قراردادی صرفاً دشوار گردد، متعهد باید علی‌رغم شرایط به وجود آمده تعهدات خود را اجرا کند و در این مواقع باید نتایج ناشی از شرایط نامطلوب زیان آور را تحمل کند.

درباره شرط دشوار شدن فوق العاده تعهدات قراردادی در ماده ۶-۲-۱ اصول یونیدرو اینگونه مقرر شده است: «هنگامی که اجرای تعهدات قراردادی بسیار دشوار می‌گردد، هیچ گاه نمی‌توان متعهد را ملزم به اجرای تعهدات خود کرد.» البته به موجب ماده ۶-۲-۲ این اصول اعمال این ماده، مشروط بر این است که سایر شرایط هاردشیپ موجود باشد. به این صورت که حادثه‌ای که سبب ایجاد هاردشیپ شده است، پس از انعقاد قرارداد به وجود آمده باشد، حادثه خارج از کنترل متعهد باشد، در زمان انعقاد قرارداد غیرقابل پیش‌بینی باشد و اینکه متعهد ریسک حادثه را بر عهده نگرفته باشد.

درباره اینکه ملاک دشوار شدن قرارداد چیست و چگونه از دشوار شدن تعهدات قراردادی تمیز داده می‌شود، ملاکی ارائه نشده است. به نظر می‌رسد که در این مواقع باید به عرف رجوع کرد. در این باره باید بیان داشت که میزان دشواری که در بیشتر قراردادهای وجود دارد، سبب معافیت شخص متعهد نمی‌گردد.

۹-۵- متعهد خطر ناشی از حادثه را بر عهده نگرفته باشد

خاستگاه این شرط در اصل آزادی قراردادهای است که در اکثر نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. به موجب این اصل اشخاص در انعقاد قراردادهای خود آزاد هستند (طاهری، ۱۳۸۴: ۱۸/۱). این اصل در مواقعی با موانعی برخورد می‌کند و محدود می‌شود. محدودیت این اصل قوانین امری و نظم عمومی کشورها است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۴۴/۱). از این رو اگر متعهد خطر ناشی از حادثه را بر عهده گرفته باشد و وقوع آن حادثه خارجی سبب دشوار شدن فوق العاده قرارداد گردد، دیگر نمی‌تواند برای معافیت از تعهد به آن حادثه استناد کند.

۱۰- اثر هاردشیپ

اثر هاردشیپ بر قرارداد این است که این نظریه در بعضی موارد سبب انحلال قرارداد می‌گردد و در بعضی موارد به لزوم قرارداد آسیبی نمی‌رساند بلکه تنها باعث تعدیل قرارداد می‌گردد و قرارداد با شرایطی مناسب تر به حیات خود ادامه می‌دهد.

در مواقعی که شرایط هاردشیپ محقق می‌شود، این حق برای طرف زیان دیده به وجود می‌آید که درخواست مذاکره مجدد کند. در بعضی از نظام‌های حقوقی شرایطی را برای چگونگی مذاکره مجدد پیش‌بینی کرده‌اند؛ به عنوان مثال در اصول یونیدروا مقرر شده است که این درخواست باید بدون تأخیر غیر موجه انجام شود و بیانگر دلایلی باشد که درخواست بر آن دلایل مبتنی است.

درباره اثر هاردشیپ نکته‌ای که به آن اشاره شده است، این که درخواست مذاکره مجدد به خودی خود، حق خودداری از اجرای تعهدات را به طرف زیان‌دیده نمی‌دهد. پس از اینکه درخواست مذاکره مجدد شد، این امکان وجود دارد که طرفین قرارداد به توافق واحدی دست نیابند. در صورتی که طرفین در مدتی متعارف به توافق دست نیابند، هر یک از طرفین می‌تواند به دادگاه متوسل شود. در این صورت اگر دادگاه هاردشیپ را تأیید کرد، در صورت متعارف و معقول بودن در یک تاریخ مشخص و بر مبنای شروطی که تعیین می‌شود به قرارداد خاتمه می‌دهد یا اینکه با توجه به برقراری مجدد تعادل و موازنه در قرارداد، قرارداد را تعدیل می‌کند (اخلاقی، ۱۳۹۳: ۴۴). ماده ۶-۲-۳ اصول یونیدروا درباره آثار هاردشیپ است و مقرر می‌دارد:

«۱) درباره هاردشیپ، طرف زیان دیده حق دارد، درخواست مذاکره مجدد کند. این درخواست باید بدون تأخیر غیرموجه انجام شود و بیانگر دلایلی باشد که درخواست بر آن دلایل استوار است؛

۲) درخواست مذاکره مجدد، به خودی خود، حق خودداری از اجرای تعهدات را به طرف زیان دیده نمی‌دهد؛

۳) در صورت عدم دستیابی به توافق در مدتی متعارف، هر یک از طرفین می‌تواند به دادگاه متوسل شود؛

۴) اگر دادگاه عسر و حرج را تأیید کند، در صورت متعارف و معقول بودن: الف) در تاریخی تعیین شده و بر مبنای شروطی که تعیین می‌شود، به قرارداد خاتمه می‌دهد؛ یا ب) با توجه به برقراری مجدد تعادل و موازنه در قرارداد، قرارداد را تعدیل می‌کند.» (اخلاقی، ۱۳۹۳: ۴۴).

۱۱- مقایسه

در این بخش به بیان شباهت‌ها و تفاوت‌های چهار نظریه می‌پردازیم.

۱۱-۱- از نظر شرایط تحقق

عسر و حرج هنگامی ایجاد می‌شود که سختی و مشقت شدیدی فراتر از آنچه که در بعضی تکالیف موجود است، پیش می‌آید که ایجاد این شرایط، شخص را از انجام آن تکالیف معاف می‌سازد. در این باره می‌توان گفت که نزدیک‌ترین نهاد به عسر و حرج، هاردشیپ است؛ زیرا هاردشیپ هنگامی ایجاد می‌شود که در نتیجه تغییرات اساسی در اوضاع و احوال قرارداد، علی‌رغم اینکه انجام دادن قرارداد ممکن است، اجرای تعهدات قراردادی در نتیجه حوادث غیر قابل پی بینی و غیر قابل کنترل بسیار دشوار می‌گردد. حتی عده‌ای مانند دکتر اخلاقی عسر و حرج را معادل فارسی هاردشیپ بیان کرده‌اند. با بررسی نظریه فورس ماژور باید گفت که دشواری شدید که در قاعده عسر و حرج و هاردشیپ ملاک‌اند، در این نظریه جایگاهی ندارند؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، فورس ماژور مواردی را در بر می‌گیرد که قرارداد در نتیجه حادثه غیر قابل پیش‌بینی و خارج از کنترل به طور مطلق غیرممکن می‌گردد. دکتربین عقیم شدن قرارداد نیز به فورس ماژور، نزدیک‌تر است؛ زیرا این نظریه نیز موارد عدم امکان نسبی و دشواری شدید را در بر نمی‌گیرد، بلکه در اینجا نیز قرارداد یا به صورت عملی یا قانونی غیرممکن می‌گردد یا اینکه هدف از اجرای قرارداد از بین می‌رود.

۱۱-۲- از نظر وسعت

از نظر وسعت و گستردگی باید گفت که قاعده نفی عسر و حرج در تمام عقود اعم از عقود مستمر و غیرمستمر کاربرد دارد. در این رابطه نظریه فورس ماژور و دکتربین عقیم شدن قرارداد نیز در تمام عقود کاربرد دارند اما جایگاه اصلی نظریه هاردشیپ در عقود مستمر است؛ زیرا در این قراردادها است که به دلیل فاصله زمانی زیادی که بین انعقاد تا اجرای قرارداد وجود دارد، احتمالاً دشوار شدن قرارداد وجود دارد.

از دیدگاه دیگر باید گفت که قاعده نفی عسر و حرج و نظریه هاردشیپ گسترده‌تر از دو نظریه دیگر است؛ زیرا این دو مواردی را در بر می‌گیرد که قرارداد به طور فوق‌العاده دشوار می‌گردد، در حالی که در فورس ماژور، حادثه ایجاد شده باید باعث ناممکن شدن قرارداد گردد. دکتربین عقیم شدن قرارداد نیز در جایگاهی میانه قرار دارد؛ زیرا علاوه بر اینکه موارد غیرممکن

شدن عملی و قانونی قرارداد را در بر می‌گیرد، مواردی را که اجرای قرارداد ناممکن نمی‌شود بلکه هدف از اجرای آن بی‌فایده می‌شود، نیز در بر می‌گیرد.

۱۱-۳- استثنا بر اصل لزوم قراردادها

اصل لزوم قراردادها یا قداست قرارداد (Pacta sunt servanda) یکی از اصول مهم در قراردادها است که در همه نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. به موجب این اصل طرفین قرارداد ملتزم به تعهدات قراردادی خود هستند و نمی‌توانند از اجرای آن خودداری کنند. با وجود این گاهی اوقات شرایطی به وجود می‌آید که اصل لزوم قرارداد را منتفی می‌کند. در واقع درباره چهار نظریه‌ای که بیان کردیم، شرایطی به وجود می‌آید که قرارداد غیرممکن می‌گردد و دیگر نمی‌توان تعهدات ناشی از آن را انجام داد و یا اینکه تغییرات اساسی در اوضاع و احوال قرارداد به وجود می‌آید که اجرای تعهدات قراردادی را دشوار می‌سازد که در این موارد نیز بر طبق قاعده نفي عسر و حرج و نظریه هاردشیپ، متعهد از انجام تعهدات قراردادی خود معاف می‌گردد. البته نکته‌ای که در این رابطه باید بیان کرد، این است که هاردشیپ در بعضی موارد با پیش‌بینی ساز و کار مذاکره و تعدیل قرارداد، اصل لزوم قرارداد را از میان نمی‌برد (Chengwei, 2003: n. 19).

۱۱-۴- از نظر آثار

از لحاظ آثار، چهار نظریه دارای شباهت‌هایی هستند، اما این نکته نباید ما را از تفاوت‌های آن غافل کند. از نظر آثار درباره قاعده نفي عسر و حرج باید گفت که این قاعده باعث معافیت شخص از انجام تعهد و تکلف می‌گردد. در این رابطه دکترین عقیم شدن قرارداد نزدیک‌ترین نهاد به عسر و حرج است؛ زیرا این نظریه نیز شخص را از انجام تعهدات قراردادی خود معاف می‌سازد و سبب انحلال قرارداد می‌گردد. فورس ماژور در مواردی سبب انحلال قرارداد و در بعضی موارد سبب تعلیق قرارداد می‌گردد؛ به عبارت دیگر در مواردی که شرایطی که فورس ماژور را به وجود آورده است، دائمی باشد، قرارداد منحل می‌شود اما در مواردی که شرایط به وجود آمده موقت باشد و زمان اجرای قرارداد محدود به آن زمان نباشد، باعث تعلیق اجرای قرارداد می‌گردد. تفاوت هاردشیپ نیز این است که این نظریه در بعضی موارد سبب انحلال قرارداد می‌گردد و در بعضی موارد به لزوم قرارداد آسیبی نمی‌رساند بلکه تنها باعث تعدیل قرارداد می‌گردد و قرارداد با شرایطی مناسب‌تر به حیات خود ادامه می‌دهد.

نتیجه گیری

در این نوشتار به بررسی دکترین عقیم شدن قرارداد در حقوق کامن لا، قاعده نفی عسر و حرج در فقه، نظریه فورس ماژور و نظریه هاردشیپ در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و مقایسه آن‌ها با یکدیگر پرداختیم. دکترین عقیم شدن قرارداد به این مفهوم بود که حادثه‌ای بدون دخالت طرفین، به صورت ناگهانی، پس از انعقاد قرارداد رخ می‌دهد و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را نسبت به زمان انعقاد آن به طور قابل ملاحظه‌ای دگرگون می‌کند که در نتیجه این دگرگونی، اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد و در مواردی نیز هدف از اجرای قرارداد از بین می‌رود. قاعده نفی عسر و حرج به این مفهوم است که هر گاه حکم اولیه‌ای مشتمل بر مشقت زیادی بر مکلف باشد، آن حکم به موجب این قاعده برداشته می‌شود. نظریه فورس ماژور که در اصول قراردادهای تجاری بین‌الملل به تبیین آن پرداختیم، به این مفهوم است که پس از انعقاد قرارداد اجرای آن به دلیل حادثه‌ای خارجی، غیرقابل کنترل و غیرقابل پیش‌بینی غیرممکن می‌گردد. نظریه هاردشیپ در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، به این مفهوم است که در اثر حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی و خارج از کنترل اجرای تعهدات قراردادی به طور فوق‌العاده‌ای دشوار می‌گردد.

از نظر شرایط تحقق، هاردشیپ نزدیک‌ترین نهاد به قاعده نفی عسر و حرج است؛ زیرا هاردشیپ نیز مانند عسر و حرج در مواقعی به وجود می‌آید که اجرای قرارداد بسیار دشوار می‌گردد. از این نظر فورس ماژور و دکترین عقیم شدن قرارداد با قاعده نفی عسر و حرج تفاوت دارند؛ زیرا این دو نظریه، موارد دشوار شدن را در بر نمی‌گیرد بلکه در این موارد قرارداد، غیرممکن می‌گردد و یا اینکه در عقیم شدن هدف، هدف از اجرای قرارداد از بین می‌رود. از لحاظ وسعت، قاعده نفی عسر و حرج به همراه نظریه فورس ماژور و دکترین عقیم شدن قرارداد، در تمام قراردادها اعم از مستمر و غیرمستمر، کاربرد دارند اما جایگاه اصلی نظریه هاردشیپ در عقود مستمر است.

از لحاظ استثنا بودن بر اصل لزوم قراردادها، هر چهار نهاد گفته شده استثنا بر اصل لزوم قراردادها است. البته نظریه هاردشیپ در مواقعی باعث تعدیل قرارداد می‌گردد.

از نظر آثار، قاعده نفی عسر و حرج و دکترین عقیم شدن قرارداد باعث انحلال قرارداد و معافیت متعهد از انجام تعهداتش می‌گردد. فورس ماژور نیز در بعضی موارد سبب انحلال قرارداد می‌شود و در مواردی که موقت است و زمان اجرای قرارداد محدود به آن زمان نیست، باعث تعلیق قرارداد می‌گردد. تفاوت هاردشیپ نیز این است که علاوه بر مواقعی که باعث انحلال قرارداد می‌شود، در مواقعی قرارداد را تعدیل می‌کند.

منابع

الف - فارسی

۱. اخلاقی، بهروز. امام، فرهاد، *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۳.
۲. بیات، محمدحسین، *قاعده نفی عسر و حرج با تکیه بر آیات و روایات*، فصلنامه سراج منیر، شماره ۹، سال دوم، ۱۳۹۱.
۳. تلبا، مهدی، *اعتبارات اسنادی*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
۴. توسلی جهرمی، منوچهر؛ *موارد رفع مسئولیت قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌الملل و حقوق تطبیقی*؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تابستان ۱۳۸۵، شماره ۷۲.
۵. حبیبی، سیده زهرا، *قاعده نفی عسر و حرج در سقط جنین درمانی*، فصلنامه تعالی حقوق، شماره‌های ۱۶ و ۱۷، سال چهارم، ۱۳۹۱.
۶. سیاح، احمد، *ترجمه فرهنگ بزرگ جامع نوین (المنجد)*، تهران، انتشارات اسلام، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۳.
۷. شریفی، سید الهام‌الدین. صفری، ناهید، *مقایسه نظریه هاردشیپ و فورس مازور در اصول حقوق قراردادهای بازرگانی*، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و حقوق ایران، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۲.
۸. صفایی، سید حسین، *قوة قاهره یا فورس مازور*؛ مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، پاییز ۱۳۶۴، شماره ۳.
۹. صفایی، سید حسین. امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، چاپ بیست و یکم، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، جلد دوم، تهران، انتشارات بهمن برنا، ۱۳۷۵.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۲. قاسمی، محمد علی، *بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسر و حرج*، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۷، بهار ۱۳۸۷.
۱۳. کامیار، محمدرضا، *اعمال قاعده عسر و حرج در حکومت قانون جدید*، مجله حقوق و اجتماع، شماره ۶، ۱۳۷۶.
۱۴. محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، تهران، انتشارات میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۳.
۱۵. موسوی، ابراهیم، *قاعده نفی عسر و حرج*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۴، ۱۳۸۰.
۱۶. موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، جلد اول، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.

ب- عربی

۱۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، چاپ دوم، دار احیاء التراث، بیروت، ۱۴۰۴ق.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر، *قواعد الفقهیه*، جلد نخست، مدرسه امیرالمومنین، ۱۴۱۱ق.
۱۹. مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول*، قم، انتشارات یاسر، چاپ دوم، ۱۳۴۸.
۲۰. نراقی، احمد، *عوائد الایام*، قم، انتشارات تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

ج- لاتین

21. Andrew, Neil, *Contract law*, Cambridge university press, 2011.
22. Atiyah, Patrick. S, *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, 1995.
23. Barry, Niklas, *the French Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
24. Bund, Jennifer M, *Force majeure Clauses - Drafting Advice for the CISG Commercial Law*, Practitioner, Pace Institute of International, 1998.
25. Chengwei, Liu, *Remedies for Non Performance: Perspective from GISG, UNIDROIT Principle & Pecl*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2003.
26. Cheshire, G.C, Leong Phang, A.B, Furmston, M.P, Filfoot, C.S.H, Cheshire, *Fifoot and Frumstons Law of Contract*, London, Butterworths Asia, 1994.
27. Collins, Hugh, *The law of contract*, Cambridge university press, 2003.
28. Gritsenko, Maria, *Sanctions Force Majeure and Frustration of Contracts under English Law*, Moscow, Bryne Cave, October 2014.
29. Harris, D, Tallon, D, *Contract Law Today*, Oxford, 1989.
30. INCKX, A. H. PUEL, *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances A Comparative study in English, French, German and Japanese Law*, 1986.
31. Lindstrom, Niklas, *Changed Circumstances and Hardship inInternational Sale of Goods*, Nordic Journal of Commercial Law, 2006.
32. Litvinof, Saul, *Force Majeure, Failure of Cause and Thorie de l'Imprévision: Louisiana Law and Beyond*, Volume 46 | Number 1, Louisiana Law Review, 1985.
33. Mazzacano, Peter J, *Force Majeure, Impossibility, Frustration & the Like: Excuses for Non-Performance; the Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG*, Nordic Journal of Commercial Law, 2011.

34. Nicholas, Barry, **Force Majeure and Frustration**, American Journal of Comparative Law, 1979.
35. Osadare, Babatunde, **Force Majeure and the Performance Excuse: A Review of the English Doctrine of Frustration and ARTICLE 2-615 of the Uniform Commercial Code**, university of Dundee, 2009.
36. Perillo, Joseph M, **Force Majeure and hardship under the unidroid principle of international commercial contract**, Rome, 1996.
37. Poule, Jill, Casebook on Contract Law, Oxford University Press, 2014.
38. Southerington, Tom, ***Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade***, Turkey, Faculty of Law of University of Turkey Private Law Publication 2001.
39. Treitel, Guenter.H, ***The law of contract***, London, Sweet and Maxwell, 1999.

Comparing Frustration of Contract in Common Law with Force Majeure, Rule of Hardship and Hardship

Mahdi Telba¹

Alireza Ebrahimi²

The binding force of contract as one of the important principles of contract law is accepted in all legal systems of the world, whereby the two parties are obliged to implement their contractual commitments. However, sometimes circumstances arise that make it impossible to execute the contract or cause substantial changes in the conditions of the contract so that the performance of contractual obligations becomes difficult. These events are studied under the subject of the legal excuses of the implementation of the contract. Of the main theories of legal excuses, the doctrine of frustration of contract in common law, the rule of hardship in Islam, force majeure and hardship in the principles of international commercial contracts (UNIDROIT Principles) are at issue. The opinions expressed in this regard are very similar to each other from the point that the exemption of obligator from his commitment and the dissolution of the contract may be a result of an external event which makes the performance of the contract impossible or significantly difficult. Based on similarities between these theories in this article, this study attempts to examine the similarities and differences of these opinions.

Keywords: Frustration of the Contract, Rule of Hardship, Force Majeure, Hardship

1. Ph.D. Candidate in Private Law at University of Isfahan. telbalaw@gmail.com

2. Assistant Professor of Theology and Islamic Knowledge Faculty, Qom Univeristy.
ali110qom@yahoo.com

***Diverging after Convergence:
The Evolution of International Intellectual Property
System after TRIPS Agreement***

Mirghasem Ja'farzadeh¹

Morteza Asadlou²

To protect intellectual property rights, the international efforts showed its maximum strength and capacity through ratifying the universal TRIPS Agreement. But even by this convergence at international level, struggles between developed and developing countries about intellectual property protection at international level did not decline. Developing countries believed that it would be the last pace of international intellectual property system. Developed countries, on the other hand, envisioned TRIPS only contains minimum-standards provisions. So, developed nations dissatisfied with the level of protection introduced by TRIPS and by the way, thought the multilateral regime has presented its utmost capacity by this agreement, shifted the current multilateral level to bilateral and regional agreements to transplant themselves intellectual property standards.

Since then, lots of efforts have been made to harmonize intellectual property provisions in international stage. This multilateral approach to protect intellectual property rights began by Paris and Bern conventions and reached to its best by TRIPS agreement. Now, there is a complicated situation in international intellectual property norm-setting. What is going to happen after TRIPS agreement? Divergence or convergence? In this article, we try to answer this question by examining the origin of these changes and specify some significant results at the end.

Keywords: TRIPS Agreement, Bilateral Investment Agreements, Regional Agreements, Developed Countries, Developing Countries.

¹. Associate Professor of Department of Law, Shahid Beheshti University.
m-jafarzadeh@sbu.ac.ir

². Ph.D. Candidate in Private Law at Shahid Beheshti University. asadlou.m@gmail.com

***A Comparative Analysis of the Concept, Causes of
Creation and Transfer and Extinguishment of
"Ownership" and "Right" in Iranian and French Law***

Alireza Fasihizadeh¹

Azam Heidari²

Ownership and right are among the most important legal effects of juridical acts and facts and different legal systems have different viewpoints on them. Relationship between the ownership and right is a disputable issue among lawyers and jurists. Analysis of the concept and nature of the ownership and right can help prevent mixing up these concepts and their legal effects. In this research, we have discussed the concept and causes of transfer and extinguishment of ownership and right in Iranian and French law. The results of this research show that in Iranian law, ownership and right are quite independently of one another and none of them is wholly covered by the other. Moreover, ownership is a contractual relationship between the owner and the owned object and its subject is not necessary to be in the outside world. Subject of the ownership can be a visible object (both specified and unspecified objects) or a type of benefit. Right is a special ability that its subject is an act. In French law, ownership is a type of right. Right is a legal relationship, through which the owner gains authority on the owned object as a proprietor or beneficiary. In Iranian law, the creation of ownership is possible through juridical acts, whereas the creation of right is possible through both juridical acts and facts. The transfer and extinguishment of the ownership and right are also done through juridical acts and facts. Similarly, in French law, all the creation, transfer and the extinguishment of right are done through both juridical acts and facts.

Keywords: Ownership, Right, Juridical act, Juridical Fact

1. Assistant Professor of Law Department, University of Isfahan. fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

2. Ph.D. Candidate in Private Law at University of Qom. aheidari2425@yahoo.com

Effective Ways to Enforce Civil Sentences in Iran and France

Mohammad Mahdi Meghdadi¹

Nasrin Nekujuy²

When a court issues a civil judgment, but the convicted does not execute it voluntarily, if there are no effective remedies available to winning party to bind a losing party over the execution of a sentence, the court's decision becomes in practice a worthless piece of paper, hence, effective strategies to enforce the laws and provide justice are essential. Therefore, in addition to paying attention to specific sanctions, these strategies should benefit from effective science, including economics and communications, and be accompanied by successful experiences.

Undoubtedly, current solutions to the enforcement of civil sentences in Iran's law do not have the capacity to create executive power and prevent the convicted person from escaping from execution to satisfy the judgment. Therefore, it is necessary to make the necessary changes, including constituting a legal system for the identification of the convicted property. In France, with the establishment of this system, the civil code has found its judicial value due to the possibility of quick execution of the judgment out of the convicted person's properties and the prevention of the hiding of property by him. Thus, in this article, we have tried to study the effective strategies of the execution of civil judgments in both legal systems by a comparative study of French and Iranian law.

Keywords: Compulsory Execution, Voluntary Execution, Collective Execution, Individual Execution, Direct Execution, Indirect Execution, Attachment, Dispossession

1. Associate Professor of Faculty of Law, Mofid University. meghdadi@mofidu.ac.ir

2. L.L.M from Mofid University. miaadadl@yahoo.com

The Rights of Critics According to the Quran and International Law and the Laws of Iran

Mohammad Javad Najafi¹

Mohammad Hadi Mofatteh²

Mohammad Hassan Movahhed Savoji³

“Criticism” as a major manifestation of freedom of speech is a good criterion for the evaluation of the degree of democracy of political systems. In Islamic system which requires public consent at two stages of creation and continuation, “criticism of the rulers” or “criticism of their behaviours or opinions” is considered as the right or, somehow, the responsibility of the citizens. Such a right and responsibility which are understood from religious teachings may be exercised by the people independently or in the form of NGOs, civil society organizations, political parties or political organizations and the Islamic system is obliged to ensure the enjoyment and the fulfilment of the right by the citizens. In addition to examining the religious foundations of this right, this article focuses on comparing this right in international law and the Iranian law, then by considering the shortcomings of international documents in this area, it has answered the question that whether any limitation has been specified for criticism or not; and If the law has drawn a line for criticism, in case one exceeds the limits of criticism; according to Islam, international law and domestic law what is the related legal action in this matter?

Keywords: Right of Criticism, Qur'an, Practice of the Infallible Imams, International Law, Islamic System

1. Assistante Professor of Theology and Islamic Knowledge Faculty, Qom Univeristy.
najafi.4964@yahoo.com

2. Assistante Professor of Theology and Islamic Knowledge Faculty, Qom Univeristy.
mhmofateh@yahoo.com

3. Assistante Professor of Theology Faculty, Mofid University. mm.saveji@gmail.com

The Right to Clean Air in the Practice of International Organizations

Ahmad Nasr Esfehani¹

Leila Re'isi²

The enjoyment of a healthy environment and, in particular the enjoyment of the clean air is one of the most important concerns of human beings in today and future. By reviewing the documents and international treaties, we perceive two different approaches in this issue. In some of them, such as the African Charter, it has been expressly accepted under the title of a right, but in others, such as the European Convention or ICCPR & ICE, there is no mention of it. In this regard, the practice of international organizations has been in two different directions. According to one group of the international organizations, the enjoyment of the clean air has been studied directly in the form of the right to a healthy environment but based on the view of some others it has been assessed as one or more human rights (the first or second generations of human rights). In the following, we will see, contrary to the preliminary impression, the practice of international organizations of the second group, and particularly the European Court of Human Rights, has been much more successful.

Keywords: Healthy Environment, Clean Air, the Triple Generations of Human Rights, International Organizations, Dynamic and Evolutionary Interpretation

1. Ph.D. Candidate in International Law at Islamic Azad University, Isfahan Branch.

a_nasresfehani@yahoo.com

2. Associate Professor of Law Department, Islamic Azad University, Shahrekord Branch.

raisi.leila@gmail.com

Civil Liability Arising from Property Ownership and Causes Excluding It: A Comparative Study on Iranian and Egyptian Law

Abdolmotalleb Ahmadzadeh Bazzaz¹

Mohammad Mehryar²

Civil liability arising from property ownership as a kind of liability arising from other person's action is of significance in that it includes the liability arising from ownership of buildings, automobiles and animals which are the most dangerous property causing civil liability. In Iranian law, the liability of building and animal owner arises from his fault for not taking care of them that need to be proved by suffering person. But in Egyptian law, for simplification of compensation, the owner is absolutely regarded as liable for the damage his property causes unless he can prove that the damage has been caused by a force majeure. In this research, the basic difference between these two legal systems as well as the causes excluding civil liability within them will be dealt with.

Keywords: Civil Liability, Causes Excluding Civil Liability, Property Ownership

1. Assistant Professor of Faculty of Law, Mofid University. a_ahmadzadeh@mofidu.ac.ir

2. PhD Student in Private Law, Mofid University. Mehryar@hotmail.com

Harassment: An Assault Against the Person's Psychological Integrity, in Iranian and English Criminal Systems

Sayyed Mohammad Hoseini¹

Amir E'temadi²

Harassment is an offence that its commission causes probably severe confusion of the victim, so that, in some cases, the victim may suffer some kind of psychological condition. Therefore, it can be plausible that this offence is primarily aimed the psychological integrity of the victim. Accordingly, in the English criminal system, any behaviour causing harassment against any person, with respect to some circumstances, can lead to occurring the offence of harassment, meanwhile, the offence of harassment is generally divided into two types: simple and aggravated. However, the study of the Iranian criminal system shows that the Iranian legislator has focused, in the context of the offence of harassment, on its committing against particular victims, or by using a specific tool. Such an approach would lead to neglecting other behaviours that cause harassment, and does not provide the possibility of effective fighting with the offence of harassment. Thus, it is appropriate that Iranian lawmaker accepts the offence of harassment in a more general sense.

Keywords: Harassment, Confusion of the victim, Assault, the Person's Psychological Integrity.

-
1. Associate Professor of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. Smhosseini8338@Yahoo.com
 2. PhD Graduate of Criminal Law and Criminology, University of Judicial Sciences and Administrative Services. am.etemadi@Gmail.com

Arbitrability in the Legal System of Iran With Emphasis on Judicial Process

La'ya Joneidi¹

Nastaran Ghiyasvand Qazvini²

Arbitration is recognized as a peaceful way of resolving disputes (one of the alternative dispute resolution methods), which is based on the agreement signed by the parties. Whereas the arbitration procedure has many advantages compared with national courts, it is developing day by day. Nevertheless, there are some issues that are not referable to arbitration in terms of legal systems, or the legislator has made certain conditions for referral to arbitration. Therefore, the free will of the parties for the referral of a case to arbitration is limited by law. In this article, the issues of arbitration that are not subject to arbitration in Iran's legal system or their arbitrability are not clear, have been investigated by looking at similar subjects in other legal systems and emphasizing on the judicial precedent in Iran's courts.

Keywords: Arbitrability, Public order, Intellectual property, Stock exchange, Article 139 of the Constitution

1. Associate Professor of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran.
ljoneydi@yahoo.com

2. Ph.D. Candidate in Private Law at Islamic Azad University, Karaj Branch.
nastaran_ghiasvand@yahoo.com

The Principle of Party Autonomy and Determining of Lex Mercatoria as Governing Legal System to Obligations of Electronic Negotiable Instruments

Nejad Ali Almasi¹

Mahdi Hosseinzadeh²

The appearances of technological processes have affected the legal transactions and payment methods and these processes open the novel perspectives of communications human beings. The possibility of issuance and the transfer of electronic negotiable instruments have expanded the demands for the usage of these instruments; on the other hand, in cyberspace have made new challenges to applicable law for these instruments to conflict rules of private international law. In many countries, new laws such as UNCITRAL model law codify in the response to the appearance of electronic communications and have tried to overcome this problem by applying two principles of the equality of use and media neutrality; but also, in cyberspace maybe made some objections for applicable law. For solving this problem, the global trend is toward the adoption of "Principle of Party Autonomy" and to give authorization to the parties for the determination of lex mercatoria finally as the legal system governing the obligations of these documents.

Keyword: Obligations Electronic Negotiable Instruments, the Principle of Party Autonomy, Lex Mercatoria

1. Professor of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran.

Almasi.nejadali@gmail.com

2. PhD Graduate of Jurisprudence and Private Law Department, Kharazmi University.

Hosseinzadeh.mahdi@gmail.com