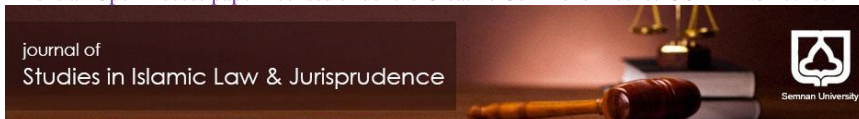


Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 31, Summer 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Analysis of Lazar and Laharaj conflict in the implementation of contracts in economic fluctuations

Golgoon. Abdolkarim 1- Asadi Koohabad. Hormoz2*-Ahangaran. Mohammad Rasoul 3

1: Ph.D. student in jurisprudence and Islamic law, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran.

2: Assistant professor of jurisprudence and Islamic law, Islamic Azad University, Ramhormoz Branch, Ramhormoz, Iran: (Corresponding author) (asadi.koohbad@gmail.com)

3: Professor of jurisprudence and Islamic law, University of Tehran, Farabi Campus.

Since the beginning of the formation of the principles of jurisprudence, the conflict of evidence has been discussed and paid attention to due to its great application and efficiency in the process of deriving rulings and interpreting Islamic regulations, responding to incidents and solving new problems. Among other things, in the current social situation, economic contracts affected by severe economic fluctuations caused by various causes and factors have caused difficulties for the contracting parties in the implementation of the contract and caused one party severe hardship and embarrassment, and on the other hand, non-implementation of the contract also caused The other side is harmed and in this case, a harmless and embarrassing conflict occurs. Therefore, the present article with a descriptive-analytical method, while explaining the basics of these two rules, has reached these results that what is beyond human capacity and in which there is narrowness, hardship, difficulty, and difficulty is the ruling, both obligatory and situational. It is ruled out. On the other hand, jurists and lawyers should consider difficult conditions in contracts and include them in the text of the contract, pay special attention to the conditions of force majeure, and predict what is likely to happen and may affect contractual relations. . Also, until the adoption of a law on the acceptance of the "change of circumstances" theory, the honorable community of judges can issue a verdict based on the following evidence using authentic Islamic sources or authentic fatwas.

Keywords: Lazarar, Laharaj, conflict, economic contract, economic fluctuations.

- A. Golgoon, H. Asadi Koohabad, M.R Ahangaran (2023). Analysis of Lazar and Laharaj conflict in the implementation of contracts in economic fluctuations, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(31), 213-238.

Doi: [10.22075/feqh.2021.24131.2974](https://doi.org/10.22075/feqh.2021.24131.2974)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۱- تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۲۱۳- ۲۳۸ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۵/۰۵- بازنگری ۱۴۰۰/۰۹/۰۵- پذیرش ۱۴۰۰/۱۰/۰۹

واکاوی تعارض لاضرر و لاجرح در اجرای قراردادهای نوسانات اقتصادی

عبدالکریم گل‌گون / ۱ هرمن اسدی کوه‌باد *۲ / محمدرسول آهنگران ۳

۱: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

۲: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران. (نویسنده مسئول)

asadi.koohbad@gmail.com

۳: استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران.

چکیده

تعارض ادله از بدو شکل‌گیری اصول فقه به دلیل کاربرد و کارآیی زیادی که در روند استنباط احکام و تفسیر مقررات اسلامی و پاسخگویی به حوادث واقعه و حلّ مسائل مستحدثه داشته است، مورد بحث و توجه قرار گرفته است. از جمله در وضعیت اجتماعی کنونی، قراردادهای اقتصادی متأثر از نوسانات شدید اقتصادی ناشی از علل و عوامل گوناگون، متعاقبین را در اجرای قرارداد دچار مشکل نموده و یک طرف را دچار عسر و حرج شدید کرده و از سوی دیگر، عدم اجرای قرارداد نیز موجب تضییع طرف دیگر می‌شود و در این حالت، تعارض لاضرر و لاجرح پیش می‌آید. از اینرو مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی، ضمن تبیین مبانی این دو قاعده، به این نتیجه دست یافته است که در آن چه ما فوق طاقت بشری بوده و در آن ضیق و عسر و دشواری و صعوبت است حکم - اعم از تکلیفی و وضعی - منتفی است. از طرفی حقوقدانان و وکلا، شرایط دشواری را در قراردادهای مدنظر داشته و در متن قرارداد درج نمایند و به شرایط فورس ماژور توجه خاص نموده و آن چه را که احتمال وقوع بوده و امکان دارد در روابط قراردادی مؤثر باشد، پیش‌بینی کنند. همچنین جامعه قضات تا تصویب قانونی مبنی بر پذیرش نظریه «تغییر اوضاع و احوال»، بر مبنای ادله مطرح شده می‌توانند با استفاده از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کنند.

کلیدواژه: لاضرر، لاجرح، تعارض، قرارداد اقتصادی، نوسانات اقتصادی.

- گل‌گون، عبدالکریم؛ اسدی کوه‌باد، هرمن؛ آهنگران، محمدرسول (۱۴۰۲). واکاوی تعارض لاضرر و لاجرح در اجرای قراردادهای نوسانات اقتصادی. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۱، صفحات ۲۱۳-۲۳۸.

مقدمه

فعالیت های اجتماعی و صنعتی شدن جوامع بشری، نیاز روز افزون انسان ها را به نهادها و قواعدی که زندگی و حقوق اجتماعی او را تأمین و تضمین کند، روز به روز بیشتر می نماید. افزایش جمعیت در قرن اخیر باعث شده است که تدوین این قواعد ضرورت بیشتری پیدا کند.

تحولات قرون اخیر و تلاش بشر برای تحقق «جامعه مدنی» باعث اهمیت هرچه بیشتر قواعد و اصولی شده است که انسان را در جهت نیل به اهداف و آرمان های خود هدایت می کند. این جریان با پشتوانه تعالیم اخلاقی ادیان الهی و عادات و رسوم کهن قومی و مذهبی شروع شد و در مسیر خود، با عقاید فیلسوفان، حکما، اندیشمندان، و جامعه شناسان آمیخت.

فرآیند همه این تحولات، تجربه ای بود که انسان در راستای تعیین سرنوشت خود با تشکیل حکومت و حاکمیت، قواعدی مبتنی بر عقل سلیم و عدالت به دست آورد. با تشکیل دولت ها، قواعدی بر جوامع حاکم گشت که سرچشمه آنها اعتقادات دینی و مذهبی، رسوم گذشتگان و اندیشه های متفکران همان قوم و ملت بود؛ این قواعد، «قانون» نامیده شد. امروزه نیز در تمامی نظام های مترقی معاصر، قانون، اولین منبع حقوق به شمار رفته، نقش محوری را در تضمین حقوق و آزادی های فردی و اجتماعی به عهده دارد. به مرور زمان برای رفع این مشکلات، حقوق به شعبات مختلفی تقسیم شد و در هر شاخه، قوانین مرتبط با آن طرح و بررسی گردید. این حرکت باعث پدید آمدن شاخه های مختلف علم حقوق و علوم جدید حقوقی شده است.

۱- پیشینه تعارض

پدید آمدن بحث «تعارض قوانین» در حقوق کشورهای جهان نیز معلول همین عوامل و حرکت هاست. البته باید اذعان داشت که سابقه بحث «تعارض» در حقوق اسلامی به مدّت ها قبل و حتی قبل از حاکمیت ها و قانونگذاری بر می گردد. حتی در صدر اسلام نیز گاهی مسلمانان در امتثال و اجرای احکام الهی و عرفی دچار مشکل می شدند و جهت کسب تکلیف و حلّ تعارض های ایجاد شده، به رهبران دینی خود مراجعه می کردند. این روند باعث شد که به مرور زمان بحث «تعارض ادله» مطرح گردد. امروزه تعارض ادله به عنوان یکی از مهمّ ترین مباحث کتب علم اصول فقه، مورد تحلیل و بررسی فقها و اندیشمندان علوم دینی قرار گرفته است. شاید همین توجه فقها به انواع تعارض ها، زمینه ساز ورود بحث «تعارض» به قلمرو قوانین بوده است.

پیدایش علم «تعارض قوانین» به مفهوم مصطلح امروزی، به قرون سیزدهم و چهاردهم میلادی بر می گردد. پس از این دوران که با مکتب شارحین یا مکتب قدیم ایتالیایی شروع شد، در قرن شانزدهم میلادی مکتب فرانسوی قدیم، مباحث مطروحه در مکتب قبلی را گسترش داد و مکتب هلندی (قرن هفدهم) باعث تکامل قواعد این علم شد. سپس دوره جدید از قرن نوزدهم شروع شد که تا زمان حاضر ادامه دارد. اختلاف عمده دوره قدیم و جدید در علم تعارض قوانین و عرف های مختلف یک کشور بود، در حالی که در دوره جدید، تعارض قوانین جنبه بین المللی پیدا کرد و باعث شد که در مفهوم امروزی خود مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد (الماسی، ۱۳۷۶: ۳۹-۵۳).

۲- مفهوم و تعریف تعارض

از ابتدای ظهور اسلام و شکل گیری زندگی مسلمانان بر مبنای این شریعت آسمانی، همواره مسلمانان بر آن بوده اند که اعمال روزانه خویش را مطابق با احکام و اصول شرعی انجام دهند. در این رهگذر، چه بسا احکامی که به مسلمانان می رسید در ظاهر با احکام و اصول دیگر ناسازگار بود. بدین ترتیب، نیاز به قواعدی برای سامان دادن به این ناسازگاری ها، از همان ابتدا در جامعه اسلامی احساس می شد.

در لغت عرب، واژه تعارض از «عرض» مشتق شده است و مصدر باب تفاعل می باشد که به معنای «اظهار و ابراز داشتن» و گاهی هم به مفهوم «پهنا» در مقابل طول (درازا) به کار می رود (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲؛ محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۴).

هر دو مفهوم فوق، در این بحث مورد استفاده قرار می گیرند زیرا: اولاً، در معنای اظهار و ابراز نمودن؛ دو دلیل متعارض نیز در مقابل هم ظاهر شده و ابراز وجود می کنند (عبداللهی نژاد، ۱۳۷۳: ۷۳)؛ ثانیاً: در معنای پهنا - مفهوم متضاد با طول - نیز مفید می باشد. گاهی دو دلیل در عرض هم قرار دارند و گاهی در طول یکدیگر. در باب تعارض نیز از آنجایی که دو دلیل همواره باید در عرض هم باشند تا تعارض تحقق یابد، ابتدا این مفهوم هم مناسب و مفید است. به عبارت دیگر، دو دلیل که دارای یک رتبه و یک درجه باشند همعرض بوده و واجد یکی از شرایط تحقق تعارض ادله هستند. بنابراین هیچ وقت امکان تعارض بین اصول عملیه و ادله اجتهادیه وجود ندارد، زیرا اصول عملیه در جایی به کار می روند که دلیلی بر واقع وجود نداشته باشد و هنگامی که دلیل و اماره ای موجود است، نوبت تمسک به اصول عملیه نمی رسد (محمدی، ۱۳۷۳: ۳۱۹)؛ چراکه موضوع اصول عملیه، شک است و با وجود دلیل اجتهادی، شکی باقی نمی ماند (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۷۷)؛ مفهوم عبارت «اصل دلیل حیث لا دلیل» نیز همین می باشد. از نظر صرفی، تعارض مصدر باب تفاعل است و باب تفاعل طرفینی است؛ یعنی از این باب برای مفاهیمی استفاده می شود که بین دو طرف واقع می گردد. این که تعارض هم از باب تفاعل می باشد، به این دلیل است که تعارض همیشه میان دو دلیل است که با یکدیگر قابل جمع نیستند (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲). اما آن چه از مفهوم تعارض ادله مدنظر می باشد در واقع، همان تعریف مشهور فقها و اصولیان است. براساس این تعریف، «تعارض عبارت است از ناسازگاری مدلول دو دلیل، به گونه تناقض یا تضاد» (شیخ انصاری، ۱۳۷۷: ۷۵۰/۲).

۳- شروط و انواع تعارض

در منابع اصولی و فقهی، انواع تعارض مورد بررسی قرار گرفته است (مانند تعارض اصول عملیه با یکدیگر، تعارض اصول با امارات، تعارض اصل و ظاهر، اسم و اشاره و ...)، اما آن چه در این مقام بیشتر مدنظر ما است، بحث تعارض بین دو دلیل - به طور عام - و ارتباط آن با تعارض قوانین می باشد؛ یعنی شروط اصلی و لازم جهت تحقق تعارض بین دو دلیل مورد بررسی قرار گرفته و براساس این شروط و عناصر تعارض، مواد قانونی متناقض و متعارض شناسایی شده و مورد نقد قرار گیرند.

۱-۳- شروط تعارض

با توجه به تعریف ارائه شده برای تعارض، می توان در یک بیان کلی، شروط تعارض را به دو دسته تقسیم کرد (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۵).

دسته اول- وجود حداقل دو دلیل: براساس این ضابطه کلی، تعارض همیشه میان دو دلیل واقع می شود؛ یعنی زمانی که «دو یا چند دلیل در برابر یکدیگر قرار می گیرند، به طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض محقق است.» باید توجه داشت که اگر در تعریف فوق، عبارت «دو دلیل» قید شده است، عدد دو به معنای حصر دلایل به دو دلیل نیست، بلکه منصرف به حداقل تعداد ذیل می باشد؛ یعنی حداقل وجود دو دلیل برای ایجاد و تحقق تعارض لازم است (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۵). در برخی از کتب اصولی تعداد این شرایط به عدد هفت رسیده است (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲) که اکنون به اهم آنها اشاره می کنیم (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۹۲/۲-۱۹۴).

دسته دوم- تنافی به گونه تضاد یا تناقض: دومین شرط اساسی جهت تحقق تعارض ادله، تنافی بین دو دلیل به صورت تضاد یا تناقض می باشد؛ یعنی ناسازگاری بین دو دلیل باید به گونه ای باشد که بین دلایل رابطه تکاذب برقرار کند، این تنافی می تواند الف) تناقض: تناقض وقتی پدید می آید که میان مدلول های دو طرف، رابطه سلب و ایجاب باشد؛ مثل این که یک دلیل بگوید فلان امر واجب است و دلیل دیگر بر عدم وجوب آن دلالت کند (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۶؛ فیض، ۱۳۷۶: ۱۹۷).

ب) تضاد: در تضاد رابطه از نوع سلب و ایجاب نیست و هر دلیل بر امری دلالت می‌کند که کاملاً مغایر با دلیل دیگر است؛ مانند این که یکی بگوید واجب است و دیگری بگوید حرام است (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۲۶).

۴- چگونگی تعارض بین قاعده لاجرح و قاعده لاضرر

مسئله مورد بحث این است که چنان چه بین این دو قاعده، تعارض واقع شود مقتضای قاعده چیست؟ به عنوان مثال: اگر کسی بخواهد در خانه خود چاه فاضلاب حفر نماید به گونه‌ای که احداث آن موجب ضرر به همسایه شود، قاعده لاضرر - بنابر تفسیر مشهور که معتقدند بر احکام اولیه حکومت دارد - بر قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» مقدم می‌شود. از طرفی، اگر بخواهیم این شخص را از حفر چاه منع کرده و ملزم شود به این که فضولات منزل را هر روز به خارج خانه حمل کند و آنها را در محلی دور قرار دهد، باعث حرج و مشقت بر او می‌باشد. در نتیجه، میان قاعده لاضرر که مانع از حفر چاه است و قاعده لاجرح که به او اجازه حفر چاه می‌دهد، تعارض پیش می‌آید.

صاحب «رسائل» (شیخ انصاری، ۱۳۹۴: ۴۶۷/۲) در مباحث پایانی قاعده لاضرر ابتدا می‌گوید: باید حق را به مالک خانه داد و او اجازه دارد که چاه را حفر کند. از این جهت که این دو قاعده در یک مرتبه واحده هستند و بعد از تعارض و تساقط، دلیل «الناس مسلطون علی أموالهم» به قوت خود باقی می‌ماند، اما در ادامه، این احتمال را یادآور می‌شود که قاعده لاجرح بر قاعده لاضرر حکومت دارد ولی منشأ این احتمال را ذکر نکرده است.

مرحوم محقق نائینی (نجفی، ۱۳۹۲: ۴۲۷-۴۲۸) در رابطه با منشأ احتمال شیخ انصاری می‌گوید: این احتمال مبتنی بر دو مقدمه است که هر دو باطل می‌باشند:

مقدمه اول این است که شیخ می‌بایست تعارض بین لاجرح و لاضرر را تصویر نماید، اما از آنجا که هر دو قاعده عنوان عدمی دارند نمی‌توان بین آنها تعارض را تصویر نمود. مقدمه دوم نیز این است که ایشان باید ملتزم شود که قاعده لاجرح متأخر

از قاعده لاضرر است تا بتواند ناظر و حاکم بر آن باشد، در حالی که این دو قاعده در یک مرتبه واحد و در عرض یکدیگر هستند.

در مورد بخش نخست سخن میرزای نائینی این اختلاف وارد است که ملاک در تعارض، تنافی و تکاذب است که بین دو امر عدمی تحقق دارد؛ و تصویر آن از این جهت می باشد که عدم مضاف مانند عدم مطلق نیست و آثار وجودی بر آن مترتب است. اما بخش دوم سخن ایشان متین است و این دو قاعده در عرض و مرتبه واحد هستند؛ بنابراین نمی توان حکومت یکی بر دیگری را پذیرفت. گرچه ممکن است گفته شود در حکومت لازم نیست که دلیل حاکم، متأخر از دلیل محکوم باشد و به مجرد ناظر بودن کافی است؛ با این حال، هیچ کدام از این دو دلیل، ناظر بر یکدیگر نبوده و در فرض تعارض، تساقط می نمایند و باید به ادله دیگر رجوع کرد.

۵- تقدم قاعده لاحرج بر قاعده لاضرر

از مباحث مهمی که همیشه مطرح است، این است که اگر قاعده «لاخرج» با قاعده «لاضرر» تعارض پیدا کنند کدام یکی بر دیگری مقدم است در حالی که هر دو قاعده یکسان و برابر هستند و در یک رتبه و یک درجه می باشند؟ آیا لاحرج مقدم بر لاضرر است یا قاعده لاضرر بر قاعده لاحرج مقدم می باشد؟

مثال: فرض کنید یک نفر فقط صد متر زمین دارد و از طرفی هم کثیر العائله می باشد، از اینرو ناچار است که این صد متر زمین را در شش طبقه احداث نماید تا همگی در آنها زندگی کنند، اما ساختن شش طبقه سبب می شود که یا بر خانه های مجاور اشراف پیدا کند یا این که خانه های آنها از نور محروم بشوند؛ از طرفی اگر این شخص خانه اش را شش طبقه بسازد گرفتار حرج می شود، چون تعداد خانواده اش زیاد است و یک طبقه یا دو طبقه جوابگوی عائله وی نیست و از طرف دیگر نیز اگر آن را شش طبقه بسازد، همسایه متضرر می شود؛ در این حالت چه باید کرد؟ کدام یکی بر دیگری مقدم است؟ البته این مسأله، یک مسأله منصوصی نیست؛ لذا هر فقیهی می تواند نظر بدهد. خلاصه این که اگر کسانی در مال خود تصرف نکنند، در حرج و ضیق می افتند؛

از اینرو ناچارند که زمین خودشان را چند طبقه بسازند و از آن طرف هم اگر چند طبقه بسازند، یا بر خانه های مجاور اشراف پیدا می کند، یا این که جلوی نور و هوای آزاد خانه های آنها را می گیرد، یعنی سبب می شود که خانه مجاورش کم نور بشود که هر دو، ضرر روشن بر همسایه است؛ در یک چنین جایی، کدام یکی بر دیگری مقدم است؟ علی الظاهر قاعده «لا حرج» مقدم بر لاضرر است؛ زیرا برای شخص لزومی ندارد که ضرر دیگری را متحمل بشود. اگر خانه اش را شش طبقه نسازد، در واقع ضرر دیگری را متحمل شده است و حال آن که بر وی دلیلی نیست که ضرر دیگری را متحمل شود؛ لذا می تواند خانه اش را چند طبقه بنا نماید، هر چند که بر همسایه وی ضرر وارد بشود.

۶- کیفیت تعارض لا حرج و لا ضرر در قراردادها

در روابط اقتصادی دنیای کنونی که از پیچیدگی های خاصی برخوردار است علم و اطلاع لازم و کافی از شرایط و اوضاع و احوال انعقاد عقد و اجرای آن، از ضروریات اولیه می باشد. البته سیستم قضایی کشورها نیز نمی تواند عدم آگاهی افراد را در روابط و مناسبات تجاری جبران نماید. اگر منصفانه قضاوت کنیم متوجه می شویم که در عین پذیرش اصل آزادی قراردادها، لزوم آگاهی طرفین قرارداد از اوضاع و احوال و شرایط حین انعقاد عقد، پیش بینی های لازم در رابطه با کیفیت و شرایط اجرا و همچنین پیش بینی حوادث احتمالی، طرفین عقد همیشه در روابط قراردادی خود از عدم توجه به مسائل مذکور فارغ نیستند. اصل آزادی قرارداد برای شرایط معین قابل اعمال است و چنان چه ارزش های زمان انعقاد عقد ثابت و پایرجا باشند، اصل لزوم اقتضا می کند که طرفین قرارداد به مفاد عقد و پذیرش آثار آن ملتزم باشند. بجز محدودیت هایی که توسط قانون تحمیل می شود و برخی از آنها مربوط به اعتبار اولیه قرارداد است؛ مانند: قصد و رضا، اهلیت، قواعد آمره، از جمله اصول مربوط به حقوق خانواده و نظم عمومی، حالات دیگری از قبیل عدم امکان اجرای قرارداد به طور عام، عدم امکان اجرا به دلایل خارج از اراده طرفین قرارداد، دشواری، غیر عملی شدن تجاری، انتفای قرارداد، انتفای

اهداف قرارداد و تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد نیز ممکن است بر قرارداد عارض شود.

۶-۱- تأثیر تغییرات اساسی در اوضاع و احوال زمان عقد

اگر نتیجه تغییر اوضاع و احوال و شرایط زمان عقد از جمله شرایط اقتصادی، سیاسی، قانونی، جنگ و حتی تغییرات جوی، باعث اعمال ضرر نامتعارف و خارج از انتظار به متعهد شود، یا متعهد در اجرای تعهد خود دچار دشواری و عسر و حرج شود، باید راه حل معقول و منصفانه ای منطبق با اصول ارائه شود تا ضمن پایبندی طرفین به مفاد عقد، راه اجرای تعهد هموار و از ورود زیان نامتعارف به هر کدام از طرفین یا هر دوی ایشان ممانعت به عمل آید.

بدیهی است که اگر نتیجه تأثیر تغییرات، ناممکن شدن اجرای قرارداد و مفاد تعهد باشد متعهد از انجام تعهد، معاف خواهد بود. قوانین کشورهای مختلف نیز با این پدیده، متناسب با کیفیت و کمیت تأثیر تغییرات و نیز میزان پایبندی آنها به اصل لزوم و قداست قراردادها برخورد نموده و راه حل‌هایی مناسب ارائه می‌دهند. در اعمال این نظریه، باید توجه داشت که این دیدگاه مشروط به فراهم بودن موارد ذیل الذکر قابل اجرا می‌باشد:

الف: قرارداد باید از عقود مستمر و مدت دار باشد.

ب: حوادث غیر مترقبه باید اوضاع و احوال زمان عقد را به طور بنیادی دگرگون سازد.

ج: حوادث استثنایی مورد نظر، باید غیر قابل پیش بینی بوده و مورد انتظار نباشد.

۶-۲- انتفای هدف قرارداد و انتفای قرارداد

به منظور مطالعه تطبیقی، نظریات «انتفای هدف قرارداد» (Frustration) و «انتفای قرارداد» (Frustration of Purpose) در حقوق انگلیس، و نظریات «فورس ماژور» (Force Majeure)، و «حوادث پیش بینی نشده» (L'Imprévision) در حقوق فرانسه، و نظریه «تغییر اوضاع و احوال» (Wegfall der Geschäftsgrundlage) در حقوق آلمان و نظریه های «غیر عملی شدن تجاری اجرای قرارداد»

(Impracticability) و «دشواری» (Hardship) در حقوق آمریکا و برخی از دولت های دارای نظام حقوقی «کامن لا» (Common Law) و نظریه «حادثه پیش بینی نشده» (الحوادث الطارئه) در حقوق مصر از جمله آرای هی هستند که به دلیل تطابق یا تشابه با نظریه «تغییر اوضاع و احوال» (Change of Circumstances) ذیلاً مطرح می شوند.

۶-۲-۱- انتفای هدف قرارداد

علاوه بر شرایط و اوضاع و احوالی که اجرای تعهدات قراردادی را برای یکی از طرفین یا هر دو طرف ایشان ناممکن یا غیر قابل اجرا می کند، مواردی نیز هست که حوادث غیر مترقبه با تغییرات غیر قابل پیش بینی در اوضاع و احوال و شرایط، مانع انجام اهداف و مقاصد قرارداد می گردد. در اینگونه موارد، از اصطلاح «انتفای هدف قرارداد» استفاده می شود.

در قانون انگلستان، انتفای هدف قرارداد، شامل عدم امکان اجرای قرارداد نمی گردد. به عبارتی، مشابه نظریه غیر عملی بودن قراردادهای تجاری در حقوق آمریکا می باشد. به عبارت دیگر، این دو نظریه از این جهت که هیچ کدام از آنها در جایی که اجرای قرارداد غیر ممکن باشد به کار نمی روند، شباهت دارند. هر وقت حادثه غیر مترقبه ای به حدی باعث دشواری اجرای تعهد شود که متعهد اجرای قرارداد را با آن شرایط جدید تعهد نکرده باشد، نظریه غیر عملی شدن تجاری قرارداد اعمال می شود. در این صورت، هیچ وقت ادعا نشده است که اجرای قرارداد غیر ممکن است، بلکه اجرای واقعی قرارداد ممکن است اما اجرای تعهد چنان شاق و مشکل است که جز با هزینه مضاعف یا دشواری بیش از حد ممکن نیست. لذا این نظریه، مشابه نظریه «دشواری» (Hardship) و «عسر و حرج» است. مطلب را با بیان یکی از دعاوی در حقوق انگلیس تبیین می کنیم.

دعوی کرل علیه هنری (J.C. Smith, Smith and Thomas, A Case Book on)

(Contract, 8th. ed., London. Sweet & Maxwell, 1978, p. 411

در این دعوی، خواننده اتاقی را در مسیر تاج گذاری پادشاه اجاره نمود تا بتواند مراسم تاج گذاری را به خوبی تماشا نماید. ادوارد هفتم که در آن زمان شصت سال سن داشت، در اثر ابتلا به بیماری آنژین موفق به حضور در مراسم نشد. به این ترتیب، مراسم تاج گذاری لغو گردید. قرارداد اجاره نیز به دلیل بیماری پادشاه منتفی گردید؛ در حالی که قرارداد، یعنی تسلیم مورد اجاره به مستأجر عملاً ناممکن نشده بود و مستأجر می توانست در ایام مورد بحث و سایر ایام از مکان اجاره استفاده نماید. انتفای قرارداد تنها به ناممکن شدن فیزیکی محدود نمی شود. نکته قابل توجه در این دعوی این است که مستأجر، مکان مورد نظر را به قصد تماشای مراسم تاج گذاری اجاره کرده بود و این قصد با بیماری پادشاه و لغو مراسم، منتفی شده و مکان منظور، فایده مورد نظر را برای وی نداشت. اجاره بهایی نیز که قرار بود مستأجر برای آن مکان بپردازد خیلی بیشتر از میزان معمول بود. لذا رأی صادره بر اساس نظریه انتفای هدف قرارداد در حقوق انگلستان صادر گردید (G.H. Treitel, op. cit., p. 784).

«لرد ویلیامز» نیز در مرحله استیناف از رأی صادره چنین اظهار نظر نموده که:

«مسأله واقعی در این دعوی این است که در اجرای حقوق انگلیس تا چه اندازه این اصل حقوق رم که در دعوی Taylor علیه Caldwell مورد استفاده واقع شده است، به کار گرفته می شود. اصل مذکور این است که: [اگر از ماهیت قرارداد روشن شود که طرفین قرارداد از آغاز می دانسته اند که نمی توانند قرارداد را اجرا کنند، مگر این که هنگام اجرای قرارداد، وجود بعضی از چیزهای مشخص ادامه پیدا کند؛ مثلاً در صورت فقدان هرگونه شرط صریح یا ضمنی در مورد اجاره، موجر تعهد نماید که عین مستأجره تا پایان مدت اجاره وجود داشته باشد]، روشن است که اصل مذکور در حقوق انگلیس وارد شده و در دعاوی مختلف بنای تصمیم گیری بوده است. اگر وجود چیزی یا هدف خاصی مبنا و اساس قرارداد بوده باشد با از بین رفتن آن شیء یا منتفی شدن هدف، الزام متعهد به انجام تعهد، منطقی و معقول به نظر نمی رسد».

آن چه از این رأی قابل استنباط می باشد این است که: اولاً: بروز حوادث غیر مترقبه، حتی بیماری پادشاه شصت ساله می تواند در انتفای هدف قرارداد مؤثر باشد. ثانیاً: اگر با بروز حادثه ای هدف اولیه قرارداد منتفی شده باشد، هر چند که اجرای قرارداد عملاً ناممکن نشده باشد بر مبنای نظریه منتفی شدن هدف قرارداد، متعهد از انجام تعهد معاف می شود. ثالثاً: حادثه باید بنیان و اساس عقد را متحوّل و دگرگون ساخته و اجرای قرارداد را واقعاً بلااثر کند.

۶-۲-۲- انتفای قرارداد

دکترین انگلیسی انتفای قرارداد، ناشی از دعوای فردی به نام Taylor علیه Caldwell در سال ۱۸۶۳ میلادی است که در سال‌های اخیر گسترش یافته است. در دعوای موردنظر، «خوانده» متعهد شده بود که سالن موسیقی و باغی را در مدت زمان چهار شب معین برای اجرای کنسرت در اختیار «خواهان» بگذارد. پس از انعقاد قرارداد و پیش از موعد اجرای قرارداد، سالن دچار آتش سوزی شده و ویران شد. استدلال قاضی دادگاه که به انتفای قرارداد رأی داد، چنین بود:

«در قراردادهایی که اجرای آن به ادامه وجود شخص یا چیز معینی بستگی دارد این شرط ضمنی وجود دارد که عدم امکان اجرای ناشی از تلف آن شخص یا شیء، باعث معاف شدن از اجراست ... زیرا بنا بر طبیعت قرارداد، روشن است که طرفین قرارداد، خود را بر پایه استمرار وجود شخص یا کالای خاص، منعقد نموده اند» (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۱۱۴ - G.H Treitel, The Law of Contract, London: Sweet & Maxwell. (1991, p. 763).

۶-۳- فورس ماژور

این اصطلاح برگرفته از حقوق فرانسه است و ظاهراً برای اولین بار در قانون مدنی این کشور به کار رفته و سپس در سایر کشورها نیز همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده است و در حقوق بین الملل هم همین اصطلاح مرسوم مورد استفاده است. تعریفی که در فرهنگ حقوقی «بلاک» از اصطلاح فورس ماژور آمده چنین است:

«فورس ماژور، فرانسوی، در حقوق بیمه: نیروی فائق یا غیرقابل اجتناب. چنین شرطی در قراردادهای ساختمانی برای حمایت طرفین در صورتی که بخشی از قرارداد در نتیجه عللی که خارج از کنترل طرفین است و نمی‌توان با مراقبت لازم از آن اجتناب نمود، غیر قابل اجرا باشد، به کار برده می‌شود» (*Henry Compbell Black, M.A. Black's Law Dictionary, U.S.A., West Publishing, 1993, p. 330.*)

۶-۴- حوادث پیش‌بینی نشده

بین غیر ممکن شدن اجرای تعهد، یعنی فورس ماژور و اوضاع و احوالی که موجب به هم خوردن توازن مالی قرارداد می‌گردد در حقوق فرانسه تفاوت قائل شده‌اند. چنان که بیان شد، فورس ماژور به واقعه‌ای غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل کنترل اطلاق می‌شود که اجرای قرارداد را ناممکن بسازد، اما نظریه حوادث پیش‌بینی نشده زمانی اعمال می‌گردد که اجرای قرارداد در اثر بروز آن حوادث و به هم خوردن توازن و تعادل قراردادی بی‌اندازه دشوار شده و از این طریق، هزینه‌گرافی بر متعهد تحمیل شود (*André de Laubadère, Contrats Administratifs, L.G.D.I. 1984, p. 560.*)

در حقوق مصر نیز نظریه حادثه پیش‌بینی نشده با اندک تفاوتی، مانند نظریه پذیرفته شده در حقوق فرانسه است. چنان که در ماده ۱۴۷ قانون مدنی آن کشور چنین آمده است: «چنانچه حوادث استثنایی عام که مورد انتظار طرفین نیست، بروز نماید و بر اثر آن اجرای تعهد برای متعهد مشکل گردد، به نحوی که خسارت قابل توجهی به وی وارد نماید و لیکن اجرای تعهد را غیر ممکن نسازد، قاضی می‌تواند با رعایت مصلحت طرفین و با توجه به اوضاع و احوال جدید، التزام عقد را به حد معقولی تعدیل نماید» (السنهوری، ۱۹۵۶: ۶۲۹).

۶-۵- دشواری (Hardship)

کلمه هارد شپ در فرهنگ لغات انگلیسی، به زیان دیدن یا محرومیت سخت و طاقت فرسا یا دشواری اوضاع و احوال معنا شده است (*Oxford Advanced Learner's Dictionary*, p.569). این اصطلاح توسط راهنمای آنسیترال چنین تعریف شده است: «اصطلاح دشواری عبارت است از تغییر در عوامل اقتصادی، پولی، حقوقی یا فناوری که موجب ورود زیان های اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد گردد، به نحوی که وی را در ایفای تعهدات قراردادی اش با مشقت زیادی مواجه سازد» (John. A Westberg, op.cit., p.217).

در سنوات اخیر، نظر حقوقدانان و نویسندگان حقوقی به این نکته مطوف شده که به دلیل تحولات وسیع و سریع در اوضاع و احوال بین المللی و تأثیر و تأثر غیر قابل اجتناب آن بر قراردادها، شرایطی در خصوص موقعیت های دشوار در قرارداد گنجانده شود. این شرط که علاوه بر سایر شرایط معاذیر قراردادی می باشد، مربوط به انطباق با شرایط جدیدی است که در اثر تغییر اوضاع و احوال و به هم خوردن معادله و موازنه قرارداد و مشکل شدن اجرای قرارداد به وجود می آید (*Schmithoff, Export Trade The Law, Practice of International Trade, London, Sweet & Maxwell, 9th ed., 1990, pp. 751-753*).

۶-۶- غیر عملی شدن تجاری قرارداد (Commercial Impracticability)

این نظریه بدین معناست که تأثیر بروز حوادث غیر مترقبه، اجرای قرارداد را غیر ممکن نسازد، بلکه قرارداد در صورت اجرا، از حیث بازرگانی، چیزی متفاوت از هدف و مقصود طرفین خواهد شد (*Commercial Impracticability*). در واقع با شرایط جدید، اجرای قرارداد از نظر اقتصادی غیر عملی می شود. اگر بروز حوادث اعم از حوادث طبیعی، سیاسی در اعمال حاکمیت عمومی، موجب تغییر و دگرگونی اساسی در اوضاع و احوال قرارداد شود می توان به نظریه تغییر اوضاع و احوال استناد کرد.

از جمله دعاوی مطروحه در این راستا، می توان به دعوی *American International Group Inc* علیه دولت جمهوری اسلامی ایران اشاره نمود. در

تاریخ دهم ژوئیه سال ۱۹۸۰، دادگاه اظهار نظر کرد که موضوع اقامه دعوی در ایران تحت شرایط و اوضاع و احوال بوده است که حالا دگرگون شده و به طور بنیادی و اساسی تغییر کرده است. قاضی هارت (*Hart*) نیز عقیده داشت که براساس پاراگراف دوم ماده ۴ معاهده مودت ایران و آمریکا، افراد خواهان، حق اقامه دعوی در دادگاه های آمریکا را دارند (*Ibid.*, p. 58).

۷- حکم تعارض لاجرح و لاضرر در قراردادها

در هر قراردادی، طرفین با مدنظر قراردادن شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد، اقتصاد قرارداد، سود و زیان، شرایط متعارف و سایر عوامل مؤثر بر قرارداد، به انعقاد عقد مبادرت می ورزند. در نتیجه باید به مفاد قانون ملتزم باشند و به تعهدات ناشی از عقد عمل نمایند. ولی این که التزام به تعهدات ناشی از قرارداد، بستگی تام به بقا و ثبات شرایط و اوضاع و احوالی دارد که قرارداد در آن فضا و موقعیت منعقد گردیده است و یا میزان تأثیر تغییرات از نظر دشواری و یا ضروری شدن و یا غیرممکن شدن چقدر است، موضوعی است که باید به آن پرداخت شود. مراد از طرح مسأله تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال بر قراردادها، بررسی میزان تأثیری است که اجرای تعهد را دشوار کرده و متعهد را در شرایط حرج و مشقت قرار داده است. از طرف دیگر، تعادل و توازن اقتصادی قرارداد را به هم زده و از این بابت، خسارت عمده و قابل توجهی را متوجه متعهد گردانیده است؛ یعنی تعادل و توازنی که مبنا و اساس تراضی طرفین قرارداد بوده است و از لوازم عرفیه تراضی به حساب می آید، به هم خورده است. لذا دو مطلب قابل طرح است:

اول: تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و مشکل شدن اجرای تعهد به نحوی که اجرای قرارداد برای متعهد، موجب عسر و حرج و ضرر گردد.

دوم: تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد، اگر ثبات شرایط مذکور، فرضی اساسی برای تراضی بوده و اکنون با تغییر اوضاع و احوال، تعادل و توازن اقتصادی مفروض به هم خورده است. به بیان دیگر، آن چه به طور ضمنی تحت عنوان شرط

پذیرفته شده بود، اکنون دگرگون شده است. در جمهوری اسلامی ایران در مواردی که حوادث غیر قابل کنترل و غیر قابل اجتناب و خارج از اراده که برای متعهد اجرای قرارداد را ناممکن سازد، قانونگذار در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی، تکلیف متعهد با شرایط مذکور را بیان کرده و از وی سلب مسئولیت نموده است.

قانون مدنی ایران در خصوص دشواری اجرای قرارداد یا به هم خوردن تعادل و توازن قرارداد بر اثر حوادث پیش بینی نشده سخنی به میان نیاورده است، لذا باید با استفاده از مبانی معاذیر قراردادی در حقوق مدنی و بررسی موادی از قانون که به دشواری و حرج و ضرر اشاره دارد، پاسخ این سؤال روشن شود که آیا در صورت بروز حادثی که منجر به دشواری یا ضرری شدن اجرای تعهد می‌گردد، باز هم متعهد از انجام تعهد معاف می‌شود و از مسئولیت ناشی از تأخیر مبرا است یا این که حکومت اصل لزوم در قراردادها در حقوق ایران از چنان قوت و قدرتی برخوردار است که دشواری یا ضرری شدن اجرای قرارداد در اثر بروز حوادث پیش بینی نشده از الزام ناشی از قرارداد نکاسته و راهی برای فرار متعهد متعسر و یا متضرر از دشواری و ضرر وجود ندارد؟ به منظور بررسی موضوعات مذکور از دیدگاه حقوق ایران، باید به بررسی قواعد لا حرج و لا ضرر و نظریه شرط ضمنی بپردازیم.

۷-۱- تعسر در اجرای قرارداد

در این جا ابتدا از معنای عسر و حرج و مشقت و ضابطه آن سخن گفته و سپس به مواردی از کلام فقها در استناد به قاعده نفی عسر و حرج اشاره می‌کنیم. معنای لغوی عسر که در مقابل یسر است، عبارت از ضیق و شدت و صعوبت است. در مجمع البحرین به دشواری شدید معنا شده است (نراقی، ۱۴۰۸: ۶۰). پروردگار متعال در قرآن کریم مفاهیم عسر و یسر را کنار هم و به عنوان نقیض یکدیگر آورده است؛ آنجا که می‌فرماید «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (طلاق: ۷)، یا در جای دیگر می‌فرماید: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (انشراح: ۵-۶).

معنای عسر آن چیزی است که در آن دشواری به حدی شدید باشد که به ضیق برسد. حرج نیز به معنای ضیق است و ضیق خود نقیض سعه می باشد (ابن منظور، ۱۹۸۸: ۱۱۰/۲). طاقت و استطاعت نیز به معنای قدرت و اسعه است. آن چه که عرف از معنای عسر و حرج برداشت می کند هر چیزی است که در غایت صعوبت و دشواری است و به دشواری شدید اطلاق می گردد. از آیات و اخبار و روایات، انتفای تکلیف در موارد زیر مستفاد می گردد:

– ما لایطاق؛ – ما فیه الضیق؛ – ما فیه العسر

بنابراین می توان نتیجه گرفت که در آن چه ما فوق طاقت بشری است و در آن ضیق و عسر و دشواری و صعوبت است حکم – اعمّ از تکلیفی و وضعی – منتفی است. برای تبیین زوایای بحث، مراتب تکالیف متصوّر از نظر عقل را بنا بر تقسیم بندی مرحوم نراقی به چهار دسته زیر می توان تقسیم کرد:

الف: تکلیفی که به حدّ عسر نمی رسد و به سعه و سهولت و یسر تعبیر می شود.

ب: تکلیفی که شدید و دشوار است ولی به مرتبه ضیق نمی رسد.

ج: تکلیفی که ضیق و غیر واسع است اما به مرحله ما لایطاق نمی رسد و به حرج نیز تعبیر می شود.

د: تکلیف خارج از طاقت و ما فوق توانایی و استطاعت (نراقی، ۱۳۷۵: ۶۱/۱).

در سقوط تکلیف ما لایطاق بحثی نیست و با توجه به این که عمدتاً این نوع تکلیف با مشقّت و دشواری همراه است، مورد اول از بحث ما خارج است. پس آن چه باید روشن شود، تکالیفی است که شدید و دشوار است یا به حدّ ما لایطاق نرسیده است. طرفین هر قرارداد به نحو ضمنی پذیرفته اند که نتیجه قرارداد نباید خارج از طاقت و توانایی طرف دیگر باشد، و گرنه تکلیف ساقط می شود. سقوط تکلیف ما لایطاق هم عقلی است و در همه ادیان و اقوام و ملل پذیرفته شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۱۲۱).

با بررسی و تتبع در آیات (برای اثبات قاعده لا حرج به آیه ۷۸ سوره مبارکه حج و آیه ۶ سوره مبارکه مائده، آیات ۱۸۰ و ۲۸۶ سوره مبارکه بقره استناد شده است) مشخص می شود که باری تعالی در دین مبین اسلام، احکام حرجی مستلزم مشقت و حرج جعل نفرموده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۰۹). در استناد به قاعده لا حرج، روایات عدیده ای (امام صادق علیه السلام در پاسخ به این سؤال که چگونه با انگشتم که آسیب دیده وضو بگیرم؟ می فرمایند: «حکم این مسأله و امثال آن، از کتاب خداوند عز و جل روشن می شود، [خدا فرموده]: ما جعلَ عَلَیْكُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ؛ بر روی همان پارچه مسح کن؛» شیخ طوسی، ۱۳۸۶: ۶۳ و ۳۷) وجود دارد که بر مبنای آنها پروردگار متعال، احکامی را که متضمن عسر و حرج و مشقت است جعل نفرموده و در کلیه مواردی نیز که مکلف دچار ضیق و عسر و حرج می شود، این قاعده قابل اعمال است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۱۱) و دلیل عقلی (امر به تکالیفی که در بردارنده عسر و مشقت است و خارج از طاقت و توانایی مکلف می باشد، قبح عقلی دارد؛ لذا تحمیل چیزی که عسر و حرج داشته باشد قبیح است. عسر و حرج چیزی است که متضمن تحمیلی خارج از وسع و توان فرد باشد (نراقی، ۱۳۷۵: ۵۷/۱) بنای عقلا قائم بر عدم تجویز احکام حرجی در تمام ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلا است، از سیره مسلم عقلا تخطی نمی کند. در نتیجه، با توجه به امتنایی بودن رفع احکام حرجی، معنای عدم حرج در دین این است که خداوند حکمی را که موجب ضیق و مشقت بر مکلفین باشد، صادر نمی فرماید و می توان نتیجه گرفت که در دین مبین اسلام که دین و شریعت تسامح و تساهل است، حکمی که متضمن حرج و مشقت باشد جعل نگردیده است.

آن چه به موجب قاعده عسر و حرج نفی می شود، نفس حکم حرجی اعم از احکام تکلیفی یا وضعی است. بنابراین چنان چه در مجموعه احکام متعلق به افعال مکلفین یا موضوعات خارجی، حرجی بوده باشد مکلف، موظف به انجام دادن آن نمی باشد و در صورت عدم انجام تکلیف مسئول نیست. فقها بر این مطلب اتفاق آراء دارند که کلیه

اوامر و نواهی صادره از جانب شارع مقدّس صرفاً در صورتی مأخوذ است که در حیظه توانایی و طاقت مکلف باشد. این موضوع از روایت «حمزه بن طیار» نیز قابل استنباط است که معصوم فرموده است: «هر چیزی که مردم به این امر شده اند در حدّ توانایی آنها است و اگر چیزی خارج از توان و طاقت آنها باشد، از عهده آنها خارج است» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۱۰).

صاحب جواهر نیز در شرح شرائع الاسلام در مورد التزام به حفر چاهی که به خاطر صعوبت و سختی زمین، متعهّد در عذر و حرج می افتد، با استناد به همین قاعده نفی عسر و حرج، حکم حرجی را مرفوع، و به رفع الزام متعهّد از ادامه حفر حکم می نماید (نجفی، ۱۳۹۲: ۲۹۱/۳۸). صاحب مفتاح الکرامه در شرح قواعد علامه، به نقل از تذکره، مشقّت و عسر را به معنی وجود مانع در راه اجرای تعهّد آورده و الزام ناشی از تعهّد طرف قرارداد مبنی بر حفر چاه را برداشته است (حسینی عاملی، ۱۳۹۱: ۱۸۷/۷).

جهت استناد به قاعده نفی عسر و حرج و اثبات معافیت متعهّد از انجام تعهّد در اینگونه موارد، نکات ذیل قابل ذکر می باشد:

۱- با توجه به مستندات قاعده نفی عسر و حرج، تمام احکام و تکالیف حرجی - اعمّ از احکام تکلیفی و وضعی - در صورتی که انجام آنها مستلزم حرج و مشقّت شدید باشد، مرفوع بوده و مکلف مسئولیتی در قبال انجام آنها ندارد (علامه حلّی، ۱۳۹۸: ۴۲۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰: ۲۱۴). احکام عبادات و معاملات و سیاسات، مشمول این حکم بوده و تفاوتی بین آنها نمی باشد؛ لذا چنان چه التزام به معامله، مستلزم حرج و مشقّت شدید باشد قاعده نفی عسر و حرج شامل آن می گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۰، ۲۱۴).

۲- ادله قاعده نفی عسر و حرج بر ادله اولیه احکام مقدّم می باشد. دین مبین اسلام مجموعه ای از احکام و قوانین شرعی می باشد و در صورتی که پروردگار متعال هرگونه حکم حرجی را نفی فرماید، به آن معنا می باشد که اصولاً هیچ گونه حکمی که مستلزم مشقّت شدید و حرج باشد، جعل نشده است؛ چنان که قاعده لاضرر، مستلزم نفی

هرگونه ضرر است، در اینجا نیز با تقیید اطلاقات و تخصیص عموماً ادله اولیه، هرگونه حرج و مشقت نفی شده است (خمينی، ۱۳۶۳: ۱/۳۵۴ و ۲/۲۲۷؛ شيخ انصاری، ۱۳۹۴: ۲/۳۷۳؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۵/۲۱۰).

۳- با توجه به معانی عسر و حرج، مبرهن است که هر حکمی که خارج از قدرت و طاقت و توانایی فرد نبوده ولی انجام آن موجب مشقت شدید و دشواری و حرج نامتعارف است، شامل این قاعده می‌گردد. صاحب حدائق در معنای حرج می‌گوید: «بنا به صحیح‌ه محمد بن مسلم، حرج در دین اسلام منتفی است و آن، امکان فعل با مشقت است» (بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۳/۴۲۲).

۴- ملاک تشخیص شدت و ضعف تکلیف با عرف است، ولی ملاک عسر و حرج و مشقت مکلف، وضعيت جسمی او می‌باشد. به بیان دیگر، ضابطه حرجیت و تعسر، نوعی نیست، بلکه شخصی است. با عنایت به دلایل فوق الذکر، می‌توان به معافیت متعهدی که تعهد به ساخت جاده یا ابنیه از قبیل پل‌های بزرگ، سد‌ها، نیروگاه یا ساختمان نموده باشد و به دلیل بروز حوادث غیر مترقبه، قیمت‌ها بالا رفته و مواد اولیه کمیاب و هزینه نیروی کار افزایش یابد و به تبع این موارد، انجام تعهد برای وی دشوار و موجب مشقت و حرج گردد، حکم کرد.

۲-۷- ضروری شدن اجرای قرارداد

طرفین عقد، قبل از انعقاد قرارداد، با توجه به سنجش سود و زیان و همچنین میزان تعهد و تلاشی که باید برای انجام تعهد به عمل آورند نسبت به انعقاد قرارداد مبادرت می‌ورزند و هر کدام از ایشان در راستای کسب سود و منفعت در سایه تداوم روابط قراردادی، خود را ملتزم به مفاد عقد می‌دانند. حال چنان چه پس از انعقاد عقد در اثر بروز حوادث خارجی، تعادل و توازن مفروض، به هم خورده و چهره واقعی به خود نگیرد آیا در این صورت با فرض تحقق ضرر، رهایی متضرر از الزام ناشی از قرارداد ممکن است یا به ناچار باید با تحمل ضرر هر چند گزاف و غیر متعارف، به تعهد خود عمل نماید؟ به عبارت دیگر، آیا تعادل و توازن لازم برای انعقاد عقد تا زمان اجرا نیز

باید استمرار یابد این که یا اختیار عین صرفاً به نامتعادل بودن عرفی دو عوض در زمان انعقاد عقد مربوط است؟

خیار فسخ معامله ای که بین ارزش های عوضین، نابرابری و عدم تعادل نامتعارف وجود دارد، غبن نامیده شده است. اما این خیار، ناظر به نابرابری عرفی و گزاف بودن عقد در زمان انعقاد می باشد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۸۷/۳) و در مورد سرایت مبانی این دیدگاه به عدم تعادل طاری، جای تردید است. اکنون باید دید که آیا با استفاده از مبانی خیار غبن می توان جلو ضرر ناشی از تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد را گرفت؟

۱-۲-۷- تخلف از شرط ضمنی

شرط استفاده از نظریه تغییر اوضاع و احوال براساس شرط ضمنی، این است که مضاف بر غیر قابل پیش بینی بودن حوادث و خارج از کنترل بودن حادثه، قصد مشترک طرفین به شرایط ضمنی مورد پذیرش عرف تعلق گرفته باشد. به بیان دیگر، عرف بر این حقیقت صحه گذاشته که انعقاد یک قرارداد به طور متعارف، متضمن پذیرش ضمنی شرایط و اوضاع و احوالی می باشد که در زمان انعقاد عقد، هر معامله گر عاقلی به این توجه دارد، و نه اموری که انگیزه یا انگیزه های یکی از طرفین را شامل می شود. هرچند که نمی توان نسبت به این شرط عرفی در معاملات و انتظار متعارف متعاملین در نوعی تعادل بین آن چه به دست می آورند و آن چه از دست می دهند غافل بود، ولی با توجه به وجود راه حل دیگر در حقوق مدنی، یعنی اعمال قاعده لاضرر، ترجیح این نظر یعنی جبران ضرر ناروا، موجه به نظر می رسد. آن چه از مواد قانون مدنی و پشتوانه این مواد یعنی فقه بر می آید، لزوم جبران ضرر ناشی از غیر متعادل بودن عوضین و جمع بین حقوق طرفین عقد می باشد. لازمه جبران این ضرر، وجود حق فسخ معامله برای طرف متضرر است که آن را خیار غبن می نامند (ماده ۴۱۶ ق.م.مقرر می دارد: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند»). به اعتبار کلام فقها، «خیار غبن» ویژه عدم تعادل و نابرابری دو عوض در

زمان عقد می باشد و هیچ کدام از آنها غبن حادث را نپذیرفته اند (نجفی، ۱۳۹۲: ۴۷۵/۲۲؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۷: ۲۳۶/۲).

نتیجه گیری و پیشنهاد

در دهه های اخیر با توجه به تحولات گسترده در روابط تجاری و اقتصادی و عمومیت یافتن اقتصاد و تجارت، تعارضات قواعد و قوانین مربوط به قراردادها بسیار متحول شده است. قواعد تعارض جدید و توسعه یافته در سطح کلان به منظور پاسخ به مصالح اقتصادی و کلاً منافع و نیازهای بازار اقتصاد و تجارت و نیز نظم عمومی وضع گردیده است. این قواعد در مناطق مختلف با داشتن سیستم های حقوقی متفاوت و نیز در سازمان های تجاری جای خود را یافته است و به گونه شگرفی حاکمیت و استقلال اراده طرفین قرارداد را به عنوان مبنا و اساس قانون حاکم بر قراردادها و تعهدات قراردادی پذیرفته اند. از طرفی همین سیستم های حقوقی، حاکمیت اراده طرفین قرارداد را نیز در محدوده هایی که مخالف و مغایر با مصالح عمومی است و با سیاست های خاص دولت و حمایت از اقشار خاصی در اجتماع منافات دارد و امکان سوء استفاده از آن می رود، انکار یا محدود نموده اند.

با این وصف، به نظر می رسد مبنای تعیین قواعد جدید حل تعارض نیز روش مصلحت و منفعت گرایانه باشد که در داخل آن از روش تحلیل و منطق حقوقی استفاده شده است. همین منافع ایجاب می کند که پذیرش قانون در قلمرو حاکمیت دولت از طریق قواعد خشک و غیر منعطف صورت گیرد و گاهی نیز همین منافع ایجاب می نماید که قواعد انعطاف پذیر و غیر جزمی به کار گرفته شود. در رابطه با تعارض قوانین مربوط به قراردادها و به خصوص در بحث تعهدات قراردادی، زمانی منافع و مصالح ایجاب می کرد که دولت در قراردادها با مداخله مستقیم داشته و آنها را تحت کنترل شدید داشته باشد. با عنایت به استدلال مذکور در متن پژوهش، و لزوم یافتن راه حلی متناسب برای بروز شرایط دشواری و همچنین ضروری شدن اجرای قرارداد به نحوی که اجرای قرارداد برای متعهد، موجب عسر و حرج و ضرر غیر متعارف گردد، و نیز عدم

وجود راه حل مشخص و صرفاً با استمداد از مبانی نظریاتی مانند قاعده لاجرح و لاضرر پیشنهادهای زیر ارائه می گردد:

۱- به کلیه حقوقدانان و وکلا توصیه می شود که شرط دشواری منتشر شده از طرف «اتاق بین المللی بازرگانی ICC» را در قراردادها به خصوص در قراردادهای بین المللی مدنظر داشته و در متن قرارداد مندرج نمایند.

۲- در تنظیم قراردادها به شرایط فورس ماژور توجه خاص نموده و آن چه را که محتمل الوقوع می باشد و امکان دارد در روابط قراردادی مؤثر باشد، پیش بینی کنند.

۳- جامعه محترم قضات تا تصویب قانونی مبنی بر پذیرش نظریه «تغییر اوضاع و احوال»، می توانند با استفاده از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کنند.

۴- به قوه مقننه و به طور خاص، کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی پیشنهاد می شود برای مرتفع نمودن مشکلات مذکور، ماده یا موادی که متضمن ارائه راه حل مناسب به محاکم در خصوص مواقع بروز حوادث دشوار کننده اجرای تعهد باشد، به تصویب برسانند.^۱

منابع

- قرآن کریم.

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۳۷۵)، **لسان العرب**، ج ۸، چ ۴، بیروت: دار احیاء التراث.
- اخلاقی، بهروز (۱۳۷۳)، **حقوق تجارت**، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- السنهوری، احمد عبدالرزاق (۱۹۵۶م)، **الوسیط فی شرح القانون المدني الجديد**، قاهره: دار النشر للجامعات المصریه.
- الماسی، نجادعلی (۱۳۷۶)، **تعارض قوانین**، چ ۵، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۳)، **حقوق مدنی**، چ ۱، تهران: کتابفروشی اسلامییه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۳۷۷)، **فرائد الأصول**، ج ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۳۹۴)، **المکاسب**، ج ۲، قم: حقوق اسلامی.
- بحرانی، شیخ یوسف (۱۳۶۳)، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، ج ۱۳، چ ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۱۷)، **مقدمه عمومی علم حقوق**، چ ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۶، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، **دانشنامه حقوقی**، ج ۲، چ ۲، تهران: امیرکبیر.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۳۹۱)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۷، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۹۸)، **مختلف الشیعه**، ج ۱، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، قم: اسماعیلیان.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۹)، **کتاب البیع**، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوانساری، سید احمد (۱۳۵۵)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، ج ۵، چ ۲، تهران: مکتبه الصدوق.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۸)، **حقوق تجارت**، چ ۳، تهران: دادگستر.

- صفایی، سید حسین (۱۳۶۴)، **قوه قاهره یا فورس ماژور**، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۳، ص ۱۱۲.

- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۳۷۴)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، قم: بوستان کتاب.

- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۶)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۹ق)، **ذکری الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۲، قم: مؤسسه آل البیت.

- عبداللهی نژاد، عبدالکریم (۱۳۷۳)، **تعارض ادلّه**، مطالعات اسلامی (فقه و اصول)، ۲۹، ۹۱-۶۱.
- علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۳۹۹)، **الذریعه الی اصول الشریعه**، ج ۲، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.

- فیض، علیرضا (۱۳۷۶)، **مبادی فقه و اصول**، چ ۸، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۷۹)، **حقوق تجارت**، ج ۶، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، چ ۹، تهران: بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، **حقوق انتقالی (تعارض قوانین در زمان)**، چ ۲، تهران: کانون وکلای دادگستری.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، **مقدمه علم حقوق**، چ ۱۶، تهران: مدرس.

- کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۳۷۹)، **فوائد الاصول**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- کیوان آذری، آذر (۱۳۵۶)، **نقدی بر ماده ۳ قانون تجارت**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۲۰، ۷-۳۳.

- گل محمد، هومن (۱۳۹۹)، **اصول قرارداد پیمانکاری خدمات**، vindad.com/blog.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸)، **مباحثی از اصول فقه**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۳)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه**، چ ۸، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

- محمدی، علی (۱۳۷۵)، **شرح اصول فقه**، چ ۳، قم: دار الفکر.
- مرادی، روح الله؛ بادینی، حسن؛ کریمی، عباس؛ افشارنیا، طیب (۱۴۰۰)، **قابلیت جبران ضرر**

اقتصادی ناشی از نقض تعهدات قراردادی: مطالعه تطبیقی در حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی، فقه و حقوق ایران، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۴، ۴۱۱-۴۳۸.

- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵)، **اصول الفقه**، ج ۲، چ ۳، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۰)، **منتهی الاصول**، تهران: عروج.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۷)، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ج ۳، قم: تبیان.
- موسویان، سید عباس (۱۳۸۵)، **انواع قراردادهای مالی از نگاه اسلام**، دنیای اقتصاد، ۱۱۶۲، ۵-۱۱.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۳۹۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۲، چ ۶، تهران: اسلامیة.
- نراقی، ملا احمد (۱۳۷۵)، **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام**، ج ۱، قم: بوستان کتاب.
- Amin, S.H., **The Theory of Change of Circumstances in International Trade, Lords Maritime and Commercial Law Quarterly**, Nov. 1982, p. 577.
- André de Laubadère, **Contrats Administratifs**, L.G.D.I. 1984, p. 560
- Cheshire and Fifoot, **Law of Contract**, London: M.D. Fumoston, 1981, p. 215.
- Commercial Impracticability.
- David Green, **Force Majeure Clauses and International Sale of Goods**, Australian Business Law Review, vol.8, Dec. 1980, p.384.
- Dr. Sue Rayner, **A Note on Force Majeure in Islamic Law**, Arab Law Quarterly, vol. 6, June 1991, p. 302; Treitel, op. cit., p. 764.
- G.H. Treitel, **The Law of Contract**, London: Sweet & Maxwell. 1991, p. 763.
- Henry Compbell Black, M.A. **Black's Law Dictionary**, U.S.A., West Publishing, 1993, p. 330.
- International Chamber of Commerce, **Force Majeure and Hardship Provisions**, Paris, 1986, No.421, p.20.