

## تأثیر قوه قاهره بر سرنوشت و مبنای عدم مسئولیت در نقض تعهدات منفی قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق مدنی افغانستان و ایران)

علیرضا ابراهیمی<sup>1</sup>

تاریخ دریافت: 1397/12/3 – تاریخ پذیرش 1398/6/16

### چکیده

قانون گذاران هر دو کشور افغانستان و ایران حادثه خارجی غیر قابل اجتناب را سبب رفع مسئولیت دانسته اند که قوه قاهره نیز به عنوان یکی از مصادیق آن به شمار می رود. اکنون با توجه به تأثیر قوه قاهره بر مسئولیت متعهد و از سویی تفاوت ماهوی میان تعهدات منفی و مثبت، در پی پاسخ به این سوال هستیم که آیا این تفاوت، تأثیری بر سرنوشت تعهد، مبنای رفع مسئولیت و آثار آن دارد. بدین لحاظ، این جستار با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و گردآوری داده‌ها و با روش توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ به این سوالات برآمده و با لحاظ قواعد عمومی، مبانی فقهی و ارائه مباحث تحلیلی، نحوه تأثیر قوه قاهره در نقض تعهدات منفی را نسبت به تعهدات مثبت متفاوت یافته و بر همین اساس نیز، مبنای رفع مسئولیت را در تعهدات منفی قراردادی، رفع تعهد و در نتیجه فقدان اجتماع شرایط لازم برای احراز مسئولیت می‌داند. در این حالت به سبب وجود قوه قاهره، قرارداد میان طرفین نیز می‌تواند فسخ یا معلق گردد. همچنین با لحاظ مبنای اتخاذ شده، وجه التزام به سبب عدم اجرای قرارداد برخلاف وجه التزام به سبب تأخیر در اجرای تعهد، در فرض وقوع قوه قاهره همچنان قابل مطالبه است.

واژگان کلیدی: حق فسخ، تعدیل تعهد، تعلیق تعهد، رفع تعهد، وجه التزام

## مقدمه

اصل اولیه در معاملات لزوم است. این اصل با این استدلال که در هنگام شک در جواز و لزوم عقد، اصل بر لزوم قرارداد هست و باید دلیل خاصی مبنی بر رفع این لزوم وجود داشته باشد، پذیرفته شده است.<sup>۱</sup> این اصل در چند موضع مشخص کاربرد دارد<sup>۲</sup> و قانون مدنی هر دو کشور افغانستان و ایران نیز در مواد متعددی بر اساس این اصل، احکامی را مقرر نموده‌اند. از جمله اصل لزوم به این معنا که هر عقد شکل گرفته میان طرفین قرارداد، لازم الاتباع است، مگر اینکه به دلیلی قانونی رجوع یا اقاله شود (حکم بند 1 ماده 696 ق.م.ا. و ماده 219 ق.م.ا.).<sup>۳</sup> بر اساس این مقرره، طرفین هر قراردادی ملزم به اجرای آن هستند و هرگونه عدم اجرای توافق، نیاز به حکم مقنن یا رضایت اطراف عقد دارد. یکی از مواردی که قانون‌گذاران هر دو کشور، حکم بر جواز رفع مسئولیت در صورت تخلف از قرارداد داده‌اند، وقوع حادثه‌ای خارجی و غیرقابل اجتناب است که سبب عدم اجرای تعهدات شود. بر این اساس با وقوع حادثه مزبور، متعهد از تکلیف جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهدات بری است (مواد 783 ق.م.ا. و 229 ق.م.). بر اساس دکترین حقوقی سبب این امر، عدم احراز رابطه علیت میان نقض تعهد و متعهد است؛<sup>۴</sup> زیرا وقوع حادثه مزبور، مانع جدی و غیرقابل عبوری را بر سر

1. بجنوردی سید محمد، قواعد فقهیه، (تهران: میعاد، 1372). ص 243.

2. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص ر.ک. انصاری مرتضی، مکاسب، ج 2، (قم: منشورات دار الذخایر، 1411). ص 302 به بعد.

3. در این پژوهش، ق.م.ا. به قانون مدنی افغانستان و ق.م. به قانون مدنی ایران اشاره دارد. بند 1 ماده 696: «عقد بعد از انفاذ لازم پنداشته شده، رجوع از عقد و تعدیل آن بدون رضایت طرفین یا حکم قانون، جواز ندارد...». ماده 219: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

4. ابهری علی‌آباد حمید، تاثیر قوه قاهره بر مسئولیت مدنی، (تهران: بی‌نا، 1375). ص 79. مبنای دیگری که در مورد عدم مسئولیت متعهد در فرض وقوع قوه قاهره و نقض تعهد وجود دارد، عدم ارتکاب تقصیر متعهد است. بر اساس این مبنا، جایی که علت خارجی وجود داشته باشد، متعهد اهمال و تقصیر نکرده (جعفری لنگرودی محمدجعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجاری، (تهران: کتابخانه گنج دانش، 1388). ص 807) و به همین سبب نیز مسئول جبران خسارت نیست. لیکن به دو دلیل، به این مبنا در اینجا اشاره نمی‌شود؛ نخست آنکه، در نقض تعهدات منفی قراردادی، تقصیر شرط مسئولیت نیست و این نوع تعهدات، همیشه از نوع تعهد به نتیجه هستند. دومین دلیل این است که قطع رابطه علیت میان متعهد و نقض تعهد دو امر را بیان می‌نماید؛ نخست، عدم ارتکاب تقصیر از سوی متعهد را نشان می‌دهد و دوم، بیانگر عدم وجود رابطه میان متعهد و ورود ضرر وارده است (کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج 4 (تهران: انتشار، 1380). ص 197)؛ بنابراین مبنای مورد استناد در اینجا (عدم وجود رابطه علیت)، مبنای عام‌تری است که مبنای دیگر را نیز در خود دارد.



راه انجام تعهد قرار داده است.

با این وصف، به این علت که میان شخص متعهد و نقض تعهد رابطه سببیت وجود ندارد، متعهد از مسئولیت عدم انجام تعهد بری خواهد بود. لیکن آیا می‌توان این توجیه و مبنای مربوطه را در نقض تعهدات منفی قراردادی نیز پذیرفت. به نظر می‌رسد با توجه به تفاوت ماهوی میان تعهدات مثبت و منفی و البته نحوه تأثیر متفاوت قوه قاهره بر نقض تعهدات منفی، این امر نیاز به کاوش جداگانه‌ای داشته باشد. با ذکر مثالی موضوع را توضیح می‌دهیم؛ فرض کنید در تعهد به عدم ترک محل معینی، در اثنای اجرای تعهد، وقوع جنگ یا سیل عملاً امکان ماندن در محل مزبور را ناممکن نموده و متعهد نیز در این چنین حالتی، به علت وقوع خطر و دفع آن، اقدام به ترک محل کرده و تعهد منفی مذکور را اجرا نکند. همان‌طور که از این مثال برمی‌آید، نقض تعهد صورت گرفته و شخص متعهد مباشر این نقض تعهد است.

این مثال به خوبی نحوه تأثیر متفاوت قوه قاهره بر نقض تعهد منفی نشان می‌دهد. نفس تعهد منفی، عدم اجرای عمل معینی است که وقوع قوه قاهره، زمینه انجام عمل مغایر با موضوع تعهد را ایجاد می‌کند. در حالی که در تعهدات مثبت، وقوع مانع غیرقابل اجتناب و خارجی، سبب ناممکن شدن اجرای تعهد و عدم اجرای آن می‌گردد.

به عبارتی در فرض تعهد منفی، قوه قاهره به‌طور غیرمستقیم و از باب تسبیب، زمینه عدم اجرای تعهد مزبور را فراهم می‌آورد و متعهد، جهت جستن از خطر یا به لحاظ عدم وجود بستر قانونی اجرای تعهد مزبور (در مواردی که یک قانون جدید، اجرای تعهد را ناممکن می‌گرداند)، تصمیم به انجام عمل مغایر با موضوع تعهد می‌گیرد. در نتیجه در تعهد منفی، مباشر اجرای عمل مغایر با موضوع تعهد منفی، خود شخص متعهد است. آیا در این وضعیت، می‌توان تصور کرد که همانند تعهدات مثبت، رابطه علیت میان نقض تعهد و شخص متعهد وجود ندارد. بی‌گمان پاسخ منفی است.

با وجود این تفاوت بنیادی در نحوه تأثیر این عامل در عدم اجرای تعهدات منفی، تاکنون این امر از دید محققان پنهان مانده و پژوهش مستقلی به این موضوع نپرداخته است. بنابراین نیاز است تا با تحلیل موضوع و توجه به اصول فقهی و قواعد عمومی مسئولیت، به ابهامات موجود در این موضوع پاسخ داد. با توجه به مثال پیش گفته، همچنین وجود تفاوت میان تعهدات منفی و مثبت و البته حکم کلی رفع مسئولیت به سبب وقوع حادثه خارجی، این

سوال مطرح هست که آیا اصولاً امکان رفع مسئولیت در تعهدات منفی نیز وجود دارد. در صورت مثبت بودن پاسخ، مبنای حکم رفع مسئولیت چیست. همچنین باید دید تأثیر مبنای جدید، در تعیین حدود و آثار رفع مسئولیت به چه اندازه است. سرنوشت قرارداد نقض شده نیز از دیگر موضوعات مورد پژوهش است که بدان باید پرداخته شود.

بدین ترتیب با توجه به مطالب فوق، موضوع این جستار تبیین مبنای تأثیر وقوع قوه قاهره در نقض تعهدات منفی قراردادی، تعیین اثر این مبنا بر سرنوشت تعهد و مسئولیت شخص متعهد است. در این راستا پس از بررسی تأثیر ورود ضرر در فرض اجرای تعهد در حقوق مدنی هر دو کشور، به تبیین تأثیر وقوع قوه قاهره بر سرنوشت عقد، مبنای عدم مسئولیت و مسئولیت متعهد خواهیم پرداخت.

### 1- تعارض میان ورود ضرر و اصل لزوم قراردادها

ایراد خسارت و ایجاد ضرر به متعهد در صورت اجرای تعهد از اسباب رافع مسئولیت در حقوق افغانستان است. مقنن افغانستان در بیان این قاعده کلی در بند 2 ماده 696 ق. م. ا. اعلام نموده است: «در صورت ظهور حوادث استثنایی یا آفات طبیعی و یا واقعه‌ای که پیش‌بینی آن ناممکن بوده و مدیون به علت آن مواجه با چنان مشکلی گردد که وی را به خسارت فاحش تهدید نماید، گرچه ایفای تعهد مبنی بر عقد مستحیل<sup>1</sup> نباشد، محکمه می‌تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین، تعهد مدیون را به حد عادلانه تنزیل دهد. هرگونه موافقه برخلاف این حکم باطل پنداشته می‌شود». با توجه به حکم این ماده، نظام حقوقی افغانستان در تعهدات قراردادی به عنوان قاعده‌ای عام، تعهدی را که اجرای آن موجب ورود ضرر گردد، تعدیل نموده و معافیت کلی یا جزئی متعهد را مقرر داشته است.

یکی از مصادیق این قاعده، مواد 183 و 176 ق. م. ا. است. ماده 183 اشعار داشته است: «هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیرممکن گرداند، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید». همچنین ماده 176 ق. م. ا. مقرر نموده است: «زوجه وقتی می‌تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مبتلابه مرضی باشد که اعاده صحت وی غیرممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحوی که

1. غیرممکن

معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد».

در این باره، توجه به دو موضوع ضروری است؛ نخست آنکه، ملاک تعدیل تعهد، ورود ضرر و خسارت است. دوم آنکه، بر اساس حکم ماده مزبور، خسارت مزبور حتماً باید سنگین و نامتعارف باشد و الا صرف وجود ضرر، دلیل معافیت نخواهد شد. در رابطه با این ماده و مبنای جدید عدم مسئولیت، در ادامه بیشتر سخن خواهیم گفت.

در حقوق ایران اما از ورود ضرر به عنوان سببی برای معافیت متعهد از انجام تعهد، به صورت قاعده‌ای عام بیان صریحی وجود ندارد. هر چند که این امر در فقه امامیه به عنوان مرجع قانون مدنی، با عنوان قاعده نفی عسر و حرج مورد اشاره قرار گرفته است.<sup>1</sup> در فقه بنا بر مدلول این قاعده در تمام تعهدات معوض و غیر معوض، متعهد برای رهایی از ضرر و مشقت غیر قابل تحمل ناشی از اجرای تعهد و تکلیف، از اجرای آن معاف بوده<sup>2</sup> و از آنجا که قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» یکی از مبانی عمده قاعده نفی عسر و حرج است<sup>3</sup>، می‌توان گفت که نفی عسر و حرج، در واقع برای رفع ضرر<sup>4</sup> می‌باشد.

البته با وجود عدم تصریح به این قاعده عام، نظام حقوقی ایران چندان با این نهاد حقوقی بیگانه نیست. بلکه مقنن ایران در سه موضوع خاص به آن اشاره کرده<sup>5</sup> و دکتترین حقوقی<sup>6</sup> نیز به وجود این قاعده اذعان نموده است.

نخستین مورد از موضوعات خاص پیش گفته، مواد 1115 و 1130 ق.م. در عقد نکاح است. ماده 1115 مذکور مقرر داشته است: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام

1. ر. ک. مکارم شیرازی ناصر، القواعد الفقیه، ج 2، (بی‌جا: مدرسه امیر المومنین، 1410). ص 160.

2. محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی 2)، (تهران: سمت، 1388). ص 110.

3. محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه (مالکیت-مسئولیت)، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، 1389). ص 88.

4. برای مطالعه تفصیلی درباره تأثیر ضرر بر اجرای تعهدات و قاعده لااضرر رجوع شود: سبحانی جعفر، (1408). قاعدتان فقهیتان (اللاضرر و الرضاع)، (قم: موسسه سیدالشهدا، 1408)؛ بهرامی احمدی حمید، قواعد فقه (لاضرر)، ج 2، (تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، 1390).

5. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر. ک. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج 5، (تهران: انتشار، 1376)، ص 205.

6. ر. ک. داراب پور مهربان، «ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 29-30 (1379) ص 200.

که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقه بر عهده شوهر خواهد بود».

ماده 1130 نیز در مورد وجود عسر و حرج در زندگی زناشویی اشعار داشته: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». همان‌گونه که مشهود است، مقنن در عقد نکاح، ضرر و عسر و حرج را، موجبی برای عدم ادامه رابطه زوجیت و لزوم حضور زن در منزل مشترک قرار داده است. حکم این ماده بر اساس قاعده نفی عسر و حرج مقرر شده است!

دومین موردی که مقنن به ضرر اشاره کرده و به استناد آن به متعهد امکان تعدیل تعهد را داده، قانون دریایی ایران مصوب 1343/6/29 است. ماده 179 این قانون بیان داشته است: «امکان تغییر یا فسخ قرارداد و کمک و نجات. هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرار را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید».

در این ماده نیز مقنن وجود عواملی مانند عدم تعادل فاحش بین اجرت و عمل را، سببی برای معافیت از انجام تعهد از طریق تعدیل یا ابطال قرارداد دانسته است. بر حسب نگارش این ماده، عواملی مانند اجرت نامتناسب با عمل مذکور در متن قرارداد، وجود خطر قریب الوقوع و یا حيله و فریب، در تقرر حکم مزبور نقش داشته که با توجه به تحقق وصف ناروا و ناخواسته بودن ضرر در اثر این عوامل، اسباب تعدیل یا بطلان عقد انگاشته شده‌اند. به عبارتی در اینجا نیز احراز وصف ضرر نامتعارف و ناخواسته در قرارداد، موجب معافیت کلی یا جزئی متعهد گردیده است.

اما آخرین قانونی که به سبب ضرر، اجرای تعهد را منتفی دانسته، لایحه قانونی راجع به «رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک» مصوب 1358/9/27 مجلس است. این

1. محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی 2)، ص 101.

ماده واحده مقرر می‌دارد: «در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحذات غیرمجاز در املاک مجاور هر گاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علل دیگری که ایجادکننده بنا یا مستحذات از آن بی‌اطلاع بوده تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحذات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد و در غیر این صورت حکم به خلع ید و قلع بنا و مستحذات غیرمجاز داده خواهد شد...»<sup>1</sup>.

حکم مقرر این ماده نیز با لحاظ عبارات «طرف دعوی یا ایادی او قصد تجاوز نداشته»، «ایجادکننده بنا یا مستحذات از آن بی‌اطلاع بوده» و همچنین جزئی بودن میزان خسارت مالک زمین به نسبت زیاد بودن خسارت مالک بنا در صورت قلع و قمع مستحذات، مالک بنا و مستحذات را از اجرای تعهد قانونی عدم تجاوز به ملک دیگری معاف کرده است. این ماده واحده نیز با عبارت فوق که بیانگر احراز اوصاف ناخواسته و نامتعارف بودن میزان ضرر وارده به مالک بنا می‌باشد، حکم به معافیت مالک داده است.

با توجه به اینکه قاعده‌ای عام در رفع تعهد از متعهد در موارد ورود ضرر ناخواسته و سنگین در نظام حقوقی ایران وجود ندارد، توجه به این سه قانون متفاوت می‌تواند، راهگشا باشد. در ادامه به وجود چند نکته مهم در محتوای این مواد اشاره خواهیم کرد.

نخستین نکته، امتیاز خاصی است که دو قانون اخیر دارد. در دو قانون اخیر، علاوه بر آنکه مقنن ضرر را سبب معافیت اعلام کرده، ملاک ضرر مؤثر را نیز بیان داشته است. مقنن بایان عبارات «و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحذات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد» و «و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است»، ضرر ناچیز متعهدله، نسبت

1. هرچند این ماده واحده خارج از حیطه مسئولیت‌های قراردادی است، لیکن از آنجا که ضرر سنگین و ناخواسته را مورد حکم قرار داده، مورد توجه بوده و می‌تواند تمایل مقنن ایران، برای رفع ضرر از مدیون بی‌گناه را، به‌عنوان یک قاعده عام در تعهدات قراردادی و غیر قراردادی بیشتر به نمایش بگذارد.

به ضرر زیاد متعهد را، عاملی برای رفع تعهدات قانونی و قراردادی دانسته است. همان‌گونه که از متن مواد مزبور نیز فهمیده می‌شود، نظر دادگاه ملاک تشخیص میزان ضرر قرار داده شده است.

دومین نکته مهم، توجه به این نکته است که قانون دریایی و مواد قانون مدنی مورد اشاره، در خصوص تعهدات قراردادی است. ولی ماده واحده مذکور در خصوص تعهدات غیر قراردادی افراد نسبت به یکدیگر است. همین مسئله، با لحاظ این امر که در هر دو حالت مقنن نتیجه یکسان (معافیت از انجام تعهد) را مقرر داشته، این موضع را تقویت می‌کند که می‌توان به استناد وجود ضرر ناخواسته و نامتعارف به عنوان قاعده‌ای عام در نظام حقوقی ایران، متعهد را از بار انجام تعهد رها کرد. این مسئله زمانی بیشتر تقویت می‌شود که به سایر تفاوت‌های متون قانونی نظیر تفاوت در موضوع (قانون رفع تجاوز در خصوص اموال غیرمنقول بوده و در مقابل، قانون دریایی مرتبط با بهای خدمات و قانون مدنی در رابطه با تعهدات ناشی از رابطه زوجیت است) نیز توجه کنیم. البته ناگفته پیداست که متعهد در ایجاد ضرر نامتعارف نباید دخالتی داشته باشد و الا به سبب قاعده اقدام<sup>1</sup> از انجام تعهد معاف نخواهد شد.

این موضوع در فقه با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، امری مسلم است و با توجه به اینکه قانون‌گذار در اصل 167 قانون اساسی در موارد سکوت، اجازه ارجاع به فتاوی فقہی را صادر نموده، لذا امکان استناد به این قاعده در حقوق مدنی نیز هموار است. اینجا نیز برای درک بهتر موضوع به چند مورد خاص که بر اساس حکم قاعده مزبور بود، اشاره مختصری شد.

در خصوص نحوه تعدیل تعهد لازم به ذکر است، در صورت وجود ضرر و مشقت غیرمتعارف، نخست باید تعهد مزبور تا مقدار متعارف و قابل تحمل، تعدیل یابد و نباید تمام تعهد را کان لم یکن فرض کرد. مگر آنکه نفس تعهد قابل تجزیه نباشد (ماده 894 ق.م.ا.). یکی از مصادیق این موضوع، تعهد زوجه به زندگی با زوج، در محل سکونت مشترک است.

1. این قاعده بیان می‌دارد که هرگاه شخص با آگاهی عملی را انجام دهد که موجب ورود ضرر توسط دیگران به وی شود، عامل زیان مسئول جبران خسارت نیست. به این علت که شخص با اقدام خود سبب از بین رفتن حرمت مال خود شده است (محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه (مالکیت-مسئولیت)، ص 221). عدم انتساب از شروط عام رفع مسئولیت است که در ماده 227 ق.م. نیز ذکر گردیده است؛ بنابراین ذکر آن در ماده 179 قانون دریایی و ماده واحده راجع به رفع تجاوز ضروری نبوده است.



ماهیت این تعهد به نحوی است که امکان تجزیه و تعدیل آن وجود ندارد. به عبارتی زندگی در محل سکونت زوج، قابل تجزیه و کاهش یا افزایش نیست؛ بنابراین در صورت وجود ضرر نامتعارف، زوج به کلی از زندگی با زوج در محل مشترک معاف است. در مقابل یکی از مصادیق تعدیل جزئی و تجزیه تعهد، حکم ماده 277 ق.م. است. بر اساس این ماده، متعهد دینی را که قادر به پرداخت بالمره نیست، به صورت اقساطی می‌پردازد.

با توجه به مطالب فوق، به این سبب که تعهد ناشی از عقود، در اثر ضرر مشقت‌بار و غیرمتعارف دیگر قابل اجرا نیست، در فرض وقوع قوه قاهره نیز این امر به طریق اولی صادق است. اهمیت این موضوع در چگونگی تأثیر این حکم قانونی، در ایجاد مبنایی تازه برای احراز عدم مسئولیت متعهد در فرض عدم اجرای تعهدات قراردادی است که در ادامه عنوان خواهد شد.

آخرین نکته قابل ذکر در این خصوص، توجه به این موضوع است که مقنن افغانستان در جلوگیری از ورود ضرر تا حدی مصمم است که در مواد 9 و 741 ق.م.ا، جزئی بودن تخلف و یا سنگین بودن ضرر در صورت پذیرش فسخ از سوی دادگاه<sup>1</sup> را، عاملی برای رد درخواست متعهدله برای صدور حکم فسخ قرارداد، قرار داده است.

## 2- تأثیر وقوع قوه قاهره بر سرنوشت عقد

قانون‌گذار قوه قاهره را تعریف نکرده، لیکن به‌طور کلی قوه قاهره با سه شرط احراز می‌گردد<sup>2</sup>؛ نخست، باید غیرقابل اجتناب فیزیکی مانند سیل و طوفان و یا غیرقابل اجتناب حقوقی، مانند عدم امکان اجرای ناشی از قانون موخرالتصویب از انعقاد عقد باشد (به این نحو که قانون جدید مانع اجرای تعهد منفی گردد). ثانیاً، حادثه‌ای خارجی باشد، به آن معنا که خارج از حیطه سلطه متعهد و قلمرو مسئولیت وی باشد. بدین لحاظ، عیب مواد اولیه یا تقصیر کارکنان متعهد، قوه قاهره به شمار نمی‌آید<sup>3</sup>. سوم اینکه، حادثه الزاماً غیرقابل پیش‌بینی باشد. به عبارتی باید وقوع آن غیرعادی و ناگهانی باشد<sup>4</sup> که بر این اساس بسیاری از حوادث طبیعی

1. در حقوق افغانستان، اصولاً حق فسخ تاسیسی است و نیاز به حکم دادگاه دارد.

2. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج 4، ص 205؛ قاسم‌زاده سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، (تهران: دادگستر، 1387). ص 242.

3. صفایی سید حسین، حقوق مدنی و تطبیقی، (تهران: میزان، 1386). صص 400 - 404.

4. همان، ص 475.

قوه قاهره به شمار می آیند.

البته با توجه به اینکه سبب رفع مسئولیت از متعهد، دو عنصر ناتوانی و عدم دخالت وی است، به نظر می رسد وجود این سه شرط برای احراز قوه قاهره، لازم و ضروری نیست؛ زیرا اگر حادثه ای خارجی و غیر قابل اجتناب باشد، به خودی خود به ناتوانی متعهد برای جلوگیری از ورود ضرر منجر خواهد شد. بدین ترتیب می توان گفت، وجود شرط غیر قابل پیش بینی بودن در ورود ضرر، بی تأثیر است؛ زیرا اگر اثر حادثه غیر قابل اجتناب باشد، به صرف پیش بینی آن، نمی توان از ورود ضرر جلوگیری کرد.

با ذکر مثالی این موضوع را بیشتر توضیح می دهیم؛ فرض کنید یک کشتی باربری با اطلاع از وضع هوا و مساعد بودن آن، اقدام به بارگیری و تعیین مسیر از راه مشخصی می نماید، اگر در حین حرکت به خدمه اطلاع داده شود که به دلیل تغییر ناگهانی هوا، با طوفان سنگینی مواجه خواهد شد، آیا به صرف اطلاع، می توان مسئول هدایت کشتی را، مسئول خسارت احتمالی در اثر طوفان دانست. بدیهی است که اطلاع از حادثه، زمانی در مسئولیت متعهد مؤثر است که زمان و امکانات کافی برای جلوگیری از ورود ضرر مثلاً از طریق تغییر مسیر، وجود داشته باشد.

به همین سبب به نظر می رسد که شرط غیر قابل پیش بینی بودن، مؤثر در احراز و سنجش شرط غیر قابل اجتناب بودن حادثه است و خود عنصر مستقلاً محسوب نمی شود؛ زیرا عوامل متعددی در اجتناب از حادثه مؤثر است و یکی از این عوامل، عامل مهم قابلیت پیش بینی است؛ زیرا اگر حادثه به موقع، از لحاظ زمان و امکانات پیش بینی شود، قابل پیش گیری است و بالعکس اگر به موقع پیش بینی نگردد، طبیعتاً قابل اجتناب نخواهد بود. از این رو صرفاً کافیست برای تحقق قوه قاهره، دو عنصر خارجی و غیر قابل اجتناب بودن حادثه احراز گردد<sup>1</sup>.

این نظر همچنین موافق با ظاهر قانون مدنی هر دو کشور است؛ مقنن ایران در ماده 229، اسباب معافیت را اثبات دو شرط خارجی بودن و غیر قابل اجتناب دانسته است. مقنن افغانستان نیز، در مواد متعددی از جمله ماده 730، سبب خارجی غیر قابل اجتناب را، موجب معافیت از خسارت قرار داده است.

1. برای دیدن نظر موافق در دکترین حقوقی فرانسه ر. ک. ژوردن پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، (تهران: میزان، 1382). ص 241.

مهم‌ترین اثر وقوع قوه قاهره، تعذر اجرای تعهد است.<sup>۱</sup> در تعهدات منفی به نحو تعدد مطلوب و مستمر<sup>۲</sup>، در فرض عدم اجرای تعهد بر اثر قوه قاهره، دو فرض قابل تصور است؛ فرض نخست، تعلیق اجرای تعهدات تا زمان پایان رفع خطر و امکان اجرای تعهد است.<sup>۳</sup> بدیهی است که این تعلیق، در صورتی است که بستر اجرای قرارداد از بین نرفته باشد؛ مانند اینکه مدت زمان قوه قاهره از مدت زمان اجرای تعهد کمتر باشد که در این حالت بعد از رفع آن، اجرای قرارداد ممکن است.

از دیگر نتایج وقوع قوه قاهره و تعلیق موقت قرارداد، امکان ایجاد حق فسخ<sup>۴</sup> قرارداد به واسطه وجود ضرر، به جهت ادامه قرارداد است؛ زیرا وقوع قوه قاهره و خطرات ناشی از آن‌ها، مانعی غیر قابل رفع است و پایبند نگه داشتن طرفین به چنین قراردادی حتی در صورت موقتی بودن مانع، اگر منتهی به ایراد ضرر گردد، (مانند خیار عیب (مواد 422 تا 437 ق.م.)) سبب ایجاد حق فسخ برای طرف متضرر می‌شود.<sup>۵</sup>

همچنین معامله‌ای که به جهتی جهل در آن معامله وجود داشته باشد، مشمول معاملات غرری است<sup>۶</sup> و از آنجا که در نتیجه این جهل، احتمال ضرر وجود دارد، موجد حق فسخ خواهد بود؛ بنابراین در صورتی که مدت زمان وجود مانع ناشی از قوه قاهره نیز نامعلوم باشد، این

1. سنه‌وری عبدالرزاق احمد، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج 4، (بی‌جا: بی‌نا، 1959). صص 191 - 192؛ جعفری لنگرودی محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج 1، (تهران: کتابخانه گنج دانش، 1378). ص 314؛ عدل مصطفی، حقوق مدنی، (قزوین: بحر العلوم، 1373). ص 141؛ محمضانی صبحی، النظریه العامه للموجبات و العقود، (بیروت: دار العلم للملایین، 1983). ص 208؛ صفایی سید حسین، پیشین، ص 404.
2. در تعهدات به نحو وحدت مطلوب، اصولاً با یک مرتبه تخلف، قرارداد منفسخ می‌شود و بر اثر زوال عقد، تعلیق یا عدم تعلیق تعهد موضوع منتفی است.
3. صفایی سید حسین، «قوه قاهره یا فورس ماژور» فصلنامه حقوقی بین‌المللی، 3 (1364) ص 130؛ شریفی الهام‌الدین و صفری ناهید، «مطالعه تطبیقی اثر هاردشپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران»، مجله نامه مفید، 79 (1392) ص 19.
4. ماده 104 قانون دریایی ایران در حکمی مشابه، عنوان داشته است: «اگر قبل از حرکت کشتی تجارت با کشوری که کالا به مقصد آن بارگیری شده ممنوع شود، قراردادهای مربوطه بدون پرداخت خسارت منفسخ می‌گردد، ولی فرستنده محموله مسئول مخارج مربوطه خواهد بود...».
5. نجفی محمدحسن، جواهر الکلام، ج 27، (تهران: دارالاسلامیه، 1365). ص 60؛ سنه‌وری عبدالرزاق احمد، نظریه العقد، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، 1998). ص 969؛ شایگان سید علی، حقوق مدنی، (قزوین: طه، 1375). صص 90 - 91.
6. حلی حسن بن یوسف، تذکره الفقها، ج 11، (قم: آل‌البیته علیهم السلام لاحیا التراث، 1414). ص 490؛ جعفری لنگرودی محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، (تهران: ابن‌سینا، 1346). ص 489.

موضوع نیز سبب جهل و ایجاد حق فسخ می‌گردد.

ایجاد حق فسخ به سبب ضرر در فقه امری پذیرفته شده است و فقهای امامیه و عامه<sup>۱</sup> در مباحث مختلفی (به عنوان نمونه قرارداد اجاره) بر اساس مفاد چنین حقی حکم نموده‌اند. به نظر ایشان با وقوع تخلف و عدم تسلیم عین مستأجره، می‌توان اجبار ماجر یا فسخ عقد را خواست. همچنین افلاس بعدی مستأجر در عقد اجاره نیز سبب ایجاد حق فسخ است؛ زیرا اگر حق فسخ نباشد، ضرر لازم می‌آید.<sup>۲</sup>

این حکم در قوانین موضوعه دو کشور نیز راه پیدا کرده است؛ ماده 1352 ق.م.ا. مقرر داشته است: «هرگاه اجاره دهنده از ترمیم و اصلاح مندرج در ماده 1351<sup>۳</sup> این قانون امتناع ورزد، اجاره گیرنده می‌تواند اجاره را فسخ یا شخصاً به اجازه محکمه به ترمیم و اصلاح آن پرداخته، بعداً متناسب به اندازه مصرف، بالای اجاره دهنده رجوع و یا از اندازه اجرت وضع نماید». ماده 479 ق.م. نیز اشعار داشته است: «عیبی که موجب فسخ اجاره می‌شود عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد»؛ بنابراین علیرغم تصریح به حق فسخ در قوانین، باید وجود این حق را برای متعهدله پذیرفت.

فرض دوم، دائم بودن قوه قاهره یا اثر آن هست، مانند جایی که قوه قاهره موقت است، لیکن از مدت زمان اجرای تعهد منفی بیشتر است. در این حالت به جهت از بین رفتن امکان اجرای تعهد منفی، قرارداد منحل و تعهدات ساقط خواهد شد.<sup>۴</sup> همچنین در مواردی هم که اعمال و اجرای قانون یا دستورات دولتی جدید، سبب عدم امکان انجام قرارداد است، با این وصف که اگر حکم قانون یا دستور دائمی باشد و با توجه به اینکه منع قانونی نیز قوه قاهره

1. محقق حلی ابوالقاسم نجم الدین محمد، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج 2، (قم: استقمال، 1409). ص 322؛ حصکفی، 1415: 364

2. موصلی حنفی عبدالله، الاختیار لتعلیل المختار، ج 1، (بیروت: دار الارقم، بی تا). ص 321.

3. ماده 1351 ق.م.ا.: «اجاره دهنده به اصلاح و ترمیم نواقص عاید بر عین اجاره داده شده که باعث اخلال منفعت مقصود از آن گردد، مکلف می‌باشد».

4. صفایی سید حسین، «قوه قاهره یا فورس ماژور»، ص 127؛ عسکری سامان و احتشامی هادی، «مقایسه نظریه عقیم شدن قرارداد با نظریات قوه قاهره، تغییر اوضاع و احوال و دشواری اجرای قرارداد»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، 14 (1395).

186؛ شریفی و صفری، مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران، ص 219.

محسوب شده<sup>1</sup> و بستر قانونی اجرای قرارداد را از بین می‌برد، می‌توان قرارداد را منفسخ تلقی کرد<sup>2</sup> (ملاک ماده 483 ق.م. در موضوع اجاره).

### 3- تعیین مبنای رفع مسئولیت ناشی از عدم اجرای تعهد منفی قراردادی

اصولاً اثبات عدم دخالت متعهد در نقض قرارداد، شخص متعهد را از مسئولیت جبران خسارت معاف می‌نماید. ماده 730 ق.م.ا. در این خصوص اعلام می‌دارد: «هرگاه متعهد نتواند وجیه<sup>3</sup> را در مورد عقد عیناً ایفا نماید یا اجرای وجیه را از مدت معینه به تأخیر اندازد، محکمه می‌تواند علیه او حکم ضمان را صادر نماید. مگر اینکه ثابت گردد که عدم امکان وفا یا تأخیر در اجرای وجیه، ناشی از سببی بوده که وی در آن دخیل نبوده است». ماده 783 نیز اضافه نموده است: «هرگاه شخصی ثابت نماید که ضرر عاید ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا از حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده و یا به سبب خطای شخص متضرر یا از غیر نشأت کرده است، به ضمان مکلف نمی‌گردد. مگر اینکه قانون یا موافقه طرفین به خلاف آن حکم نماید».

با توجه به حکم این مواد، در حقوق افغانستان عدم دخالت شخص متعهد در نقض تعهد و یا ورود ضرر، از اسباب رافع مسئولیت است. اثبات این عوامل خارجی معاف کننده نیز بر مبنای قاعده البینه علی المدعی، از وظایف متعهد است.

در حقوق ایران نیز، ماده 227 ق.م. اشعار داشته است: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تادیبه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود». همچنین ماده 229 نیز اشاره داشته است: «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست، نتواند از عهده تعهد خود برآید، محکوم به تادیبه خسارت نخواهد بود»؛ بنابراین وجود عواملی که سبب خارجی و مقاومت‌ناپذیر محسوب شود و مانع اجرای قرارداد گردد، متعهد را از اجرا قرارداد و جبران

1. صفایی سید حسین، پیشین، ص 120.

2. قاعده تعذر وفا به مدلول عقد در اینجا قابل استناد هست (ر.ک. محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی 2)، ص 132 به بعد). با استفاده از ملاک قاعده تلف میبیع قبل از قبض، تلف میبیع، انجام عقد بیع را غیرممکن ساخته و بیع منفسخ می‌شود. همچنین عادلانه است که این قاعده کلی بوده و استثنایی بر قواعد عمومی نباشد (کاتوزیان ناصر، درس‌هایی از عقود معین، ج 1، تهران: شرکت انتشار، 1373). ص 207.

3. وجیه به معنای تعهد است.

خسارت ناشی از آن مبری می‌کند.<sup>1</sup>

اکنون با توجه به اثر حادثه خارجی و غیرقابل اجتناب در زوال مسئولیت، به بررسی تأثیر قوه قاهره در رفع مسئولیت که با اوصاف مذکور در مواد فوق تطابق داشته و یکی از مصادیق آن به شمار می‌آید، خواهیم پرداخت. پیش از این به اثر وجود ضرر ناخواسته و نامتعارف در رفع اصل تعهد، اشاره شد. اکنون باید به این سوال پاسخ داده شود که زوال مسئولیت مطرح شده در تعهدات منفی، با چه مبنا و چگونه میسر می‌باشد؛ چه اینکه همان‌طور که ذکر شد، عدم وجود رابطه علیت میان نقض تعهد و متعهد در صورت بروز قوه قاهره، ظاهراً سبب رفع مسئولیت در تعهدات مثبت بوده و اینجا قابل اعتنا نیست.

در تعهدات منفی همان‌طور که گفته شد، قوه قاهره سبب و زمینه ایجاد خطر یا عدم امکان اجرای تعهد منفی را فراهم آورده و شخص متعهد، خود اقدام به عمل مغایر با موضوع تعهد منفی می‌نماید؛ به عنوان مثال، اگر موضوع تعهد منفی، عدم فروش یک باب مغازه باشد و در اثنای اجرای قرارداد، به دلیل تصویب یا صدور احکام دولتی جدید، متعهد حق داشتن آن ملک را از دست بدهد و مجبور به انتقال آن گردد، آیا می‌توان وی را مسئول نقض تعهد دانست. بدیهی است که نمی‌توان از متعهد انتظار داشت خلاف این قوانین رفتار کند یا خود را از مهلکه حوادث طبیعی نجات ندهد.

در تمام مثال‌های پیشین در فرض تعهدات مثبت، اجرای قرارداد ناممکن شده و این تعذر، متعهد را از پرداخت خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد معاف می‌کند.<sup>2</sup> لیکن با توجه به شیوه تأثیر قوه قاهره در نقض تعهد منفی، مبنای مورد استناد (عدم احراز رابطه علیت میان متعهد و ورود ضرر) کارایی ندارد؛ زیرا در تعهدات منفی با به وجود آمدن شرایط غیرقابل دفع، عمل مغایر با موضوع تعهد منفی از سوی متعهد انجام می‌شود و مابشر نقض تعهد، شخص متعهد است. با توجه به این تفاوت اساسی میان تعهدات مثبت و منفی، نیاز هست تا مبنایی یافت که بتوان زوال مسئولیت را متناسب با واقعیت موجود توجیه نمود.

برای یافتن این مبنا، به نتایج گفتار نخست این جستار رجوع می‌نماییم؛ در بخش نخست،

1. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج 4، ص 201.

2. جعفری لنگرودی محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج 1، ص 314؛ عدل مصطفی، حقوق مدنی، ص 141؛ محمصانی صبیحی، نظریه العامه للموجبات و العقود، ص 208؛ صفایی سید حسین، حقوق مدنی و تطبیقی، ص 404.

به اثر معاف کننده ضرر در صورت اجرای تعهد اشاره شد و از آنجا که همین امر، یعنی «ضرر ناخواسته و نامتعارف» در صورت وقوع قوه قاهره (حادثه خارجی غیرقابل اجتناب) نیز صادق هست، به نظر می‌رسد همین موضوع، می‌تواند برای ایجاد مبنایی تازه در رفع مسئولیت از متعهد در تعهدات منفی مورد توجه قرار بگیرد. با ذکر مثالی این موضوع را بیشتر توضیح می‌دهیم؛ فرض کنید در تعهد به عدم خروج از محل معین، وقوع جنگ یا زلزله، سبب ناامنی شده و خطر مرگ فرد متعهد را در پی داشته باشد. در این وضعیت تعهد عدم خروج از محل با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، به دلیل ضرر سنگین ناشی از اجرای تعهد، زایل یا تعلیق می‌شود و بر اساس نتایج پیش گفته، متعهد نیز معاف از اجرای تعهد و پرداخت خسارت نقض قرارداد می‌گردد. به عبارتی به علت وجود ضرر سنگین ناشی از حوادث فوق که مصادیق قوه قاهره هستند، اصل تعهد زایل یا تعلیق می‌گردد.

در چنین حالتی، احراز یا عدم احراز رابطه علیت میان نقض تعهد و متعهد یا عدم ارتکاب تقصیر متعهد، نمی‌تواند مبنای ما برای عدم مسئولیت باشد. بلکه چون وجود ضرر غیرقابل تحمل، سبب زوال یا تعلیق اجرای تعهد و معافیت متعهد از اجرای آن است، به نظر می‌رسد که دو عامل عدم وجود تعهد (به سبب زوال) و عدم وجود تعهد الزام آور (به علت تعلیق)، منجر به «رفع تعهد» شده و همین موضوع یعنی رفع تعهد می‌تواند مبنای تازه رفع مسئولیت در صورت عدم اجرای قرارداد باشد.<sup>1</sup> این مبنا سبب می‌شود که شرط «نقض تعهد» که یکی از ارکان لازم برای اثبات مسئولیت است، احراز نشده و در نتیجه نتوان متعهد را مسئول عدم اجرای قرارداد و خسارات مربوطه اعلام کرد.

توضیح بیشتر اینکه، وجود نقض تعهد نشان‌دهنده دو امر است؛ نخست آنکه، یک تعهد صحیح وجود دارد و دوم اینکه، این تعهد صحیح، الزام آور و قابل مطالبه نیز می‌باشد، به این معنی که هیچ مانعی مانند عدم نفوذ، فرا نرسیدن زمان اجرای تعهد و غیره، جهت اجرای آن وجود ندارد. در چنین موقعیتی، وقوع قوه قاهره در این دو موضوع تأثیر گذارده و در هر وضعیت، یکی از آن‌ها را زایل می‌کند؛ در وضعیت زوال تعهد، اصل تعهد را رفع می‌نماید و در تعلیق تعهد، وصف الزام آور بودن تعهد مزبور را رفع می‌کند. بدین ترتیب از آنجا که تعهد

1. البته با این استدلال، این مبنا در نقض تعهدات مثبت نیز کاربرد دارد. برای مطالعه تفصیلی در این زمینه ر. ک. ابراهیمی علیرضا، ضمانت اجراهای قابل استناد در نقض تعهد منفی قراردادی، (تهران: قانون‌یار، 1398)، صص 109 به بعد.

زایل یا تعلیق می‌گردد، از زمان اجرای عمل مغایر با موضوع تعهد منفی توسط متعهد، چون عملاً تعهدی وجود نداشته یا تعهد موجود، معلق و غیر الزام‌آور است، نقض تعهدی نیز صورت نمی‌گیرد. بدین ترتیب نقض تعهد که یکی از شروط لازم برای مطالبه خسارت است، محقق نشده و نتیجتاً امکان مطالبه خسارت نیز منتفی خواهد بود.<sup>1</sup>

اثر این مبنا (رفع تعهد) در صورت تعیین وجه التزام<sup>2</sup> برای نقض تعهد نیز دو اثر متفاوت دارد؛ فرض نخست جایی است که وجود شرط کیفری یا وجه التزام در قرارداد، برای تأخیر در اجرای تعهد باشد و قوه قاهره سبب تعلیق تعهد گردد. با توجه به اینکه در تعلیق تعهد در اثر قوه قاهره، وصف «الزام‌آور» بودن تعهد زوال می‌یابد و از سوی متعهد تخلفی صورت نگرفته، لذا وقوع تأخیر در اجرای تعهد به عنوان شرط مسئولیت و به تبع آن مسئولیت متعهد، هر دو منتفی است. در صورت زوال تعهد نیز اصولاً مسئولیت برای متعهد، سالبه به انتفای موضوع خواهد بود.

اما در فرض دوم، تعیین وجه التزام به عنوان خسارت عدم انجام تعهد و بدل تعهد اصلی، با زوال تعهد اولیه، وجه التزام قابل مطالبه خواهد بود؛ زیرا تعهد اول یا همان تعهد اصلی از بین رفته است و با این وصف توافق ثانویه طرفین، که جایگزینی خسارت توافقی به عوض تعهد اصلی در فرض عدم اجرای آن است، قابلیت اجرا می‌یابد؛ با این توضیح که توافق بر وجه التزام ایجاد یک تعهد جدید و مستقل بوده، که در رابطه طرفین الزام جدیدی نیز ایجاد می‌کند. شرط مطالبه آن نیز، عدم اجرای تعهد اولیه می‌باشد که با وقوع قوه قاهره محقق شده است. لذا حتی با وجود قوه قاهره همچنان قابل مطالبه است. ناگفته نماند که قواعد گفته شده در خصوص ورود ضرر نامتعارف و ناخواسته، اینجا نیز قابل استناد است. اگر متعهد وجود ضرر سنگین درباره وجه التزام را اثبات کند، می‌تواند معافیت جزئی و تعدیل تعهد (بند 2 ماده 696 ق.م.ا.)، یا بنا بر حکم ماده 277 ق.م. مهلتی را برای اجرای تعهد از دادگاه بخواهد.

1. نظریه سبب اقوای از مباشر (ماده 332 ق.م.) اینجا قابل استناد نیست؛ زیرا عنوان شد به علت ضرر نامتعارف، اصل تعهد منتفی است. در حالی که در نظریه سبب اقوا، وجود تعهد نقض شده و ایراد خسارت ضروری است و برای تعیین عامل ضرر، به این نظریه استناد می‌شود.

2. ماده 731 ق.م.ا.: «متعاقدين می‌توانند اندازه ضمانتی را که در حال عدم اجرا یا تأخیر باید پرداخته شود، در حین عقد تعیین یا بعداً به آن موافقه نمایند». ماده 230 ق.م.: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند».



این اثر مبنای جدید درباره وجه التزام به نحوی دیگری نیز قابل تأیید است؛ درباره وجه التزام گفته شده حتی اگر خسارت وارد نگردد، به علت اطلاق ماده 230 ق.م. با هم قابل مطالبه است.<sup>1</sup> این موضوع با مبنای جدید مطابقت کامل دارد؛ زیرا با لحاظ مبنای جدید، وجه التزام که یک تعهد مستقل است، در قالب یک تعهد جدید بانگیزه اخذ خسارت برای طرفین الزام جدیدی ایجاد می‌نماید که با توجه به همین امر، اثبات ورود ضرر، شرط مطالبه آن (خسارت قراردادی) نیست و متعهد در هر حال ملزم به پرداخت آن (اجرای موضوع تعهد جدید) می‌باشد. مگر اینکه مبلغ مزبور، مشمول ضرر نامتعارف و ناخواسته گردد؛ زیرا در تعهد جدید نیز، قواعد پیش گفته مؤثر است.

نکته پایانی اینکه، ملاک نامتعارف بودن یا نبودن ضرر، شخصی است. مقنن افغانستان با آوردن عبارت «مدیون به علت آن مواجه با چنان مشکلی گردد که وی را به خسارت فاحش تهدید نماید»، در بند 2 ماده 696 ق.م.ا. توجه به وضعیت مدیون را ملاک قرار داده است و از آنجا که مهلت عادلانه مقرر در ماده 277 ق.م.ا. که یکی از شیوه‌های اعمال تعدیل تعهد در حقوق ایران می‌باشد، برای رعایت حال مدیون است<sup>2</sup>، لذا می‌توان ملاک شخصی بودن ارزیابی ضرر در حقوق ایران را نیز قابل استناد دانست. با توجه به این ملاک، در تعهد واحد و تعدد متعهدین، ممکن است برخی مشمول تعدیل تعهد باشند و برخی به سبب ملاتمت، همچنان مسئول جبران خسارت باقی بمانند.

در مواردی هم که اعمال و اجرای قانون جدید، سبب عدم امکان انجام قرارداد است، با توجه به اینکه منع قانونی نیز قوه قاهره محسوب شده و بستر قانونی اجرای قرارداد را از بین می‌برد و تعهد زوال یا تعلیق می‌یابد، شرط نقض تعهد احراز نمی‌گردد و جبران خسارت نیز منتفی خواهد شد.

### نتیجه‌گیری

قاعده نفی عسر و حرج، یکی از قواعد مسلم فقه اسلامی است و در قوانین موضوعه هردو کشور مبنای وضع احکام می‌باشد. بر اساس این قاعده، ضرر و مشقت نامتعارف سبب رفع

1. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج 4، ص 244.

2. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، (تهران: نشر دادگستر، 1379). ص 142.

تعهد و تکلیف است. همچنین بنا بر قواعد کلی مسئولیت، در ایجاد ضرر و مشقت مزبور نباید شخص متعهد دخالتی داشته باشد و الا از باب قاعده اقدام، تعهد همچنان پابرجاست و ضررهای مربوطه به عهده وی خواهد بود. مبنای رفع مسئولیت در فرض وقوع قوه قاهره در نقض تعهدات منفی قراردادی، «رفع تعهد» و در نتیجه عدم احراز شرط «نقض تعهد» می باشد؛ زیرا وقتی تعهدی رفع شود، نقض تعهد سالبه به انتفای موضوع خواهد شد. برای مطالبه خسارت، باید شرایط مسئولیت مدنی ثابت شود. این شرایط عبارتند از ورود ضرر، نقض تعهد و رابطه سببیت میان نقض تعهد و ضرر. وقوع قوه قاهره با توجه به ایجاد مانع یا خطر نامتعارف در نقض تعهدات منفی قراردادی، سبب رفع تعهد (ملاک حکم قاعده نفی عسر و حرج) و در نتیجه نفی جبران خسارت می گردد. با توجه به همین مبنا، اگر طرفین قرارداد بر وجه التزام به سبب تأخیر در اجرای تعهد توافق کنند، وجه التزام مزبور قابل استناد نیست؛ زیرا اصل تعهد زایل یا معلق گردیده و تأخیر در اجرا دیگر موضوعیت ندارد، لیکن اگر وجه التزام به سبب عدم اجرای تعهد اصلی باشد، همچنان قابل مطالبه است؛ زیرا با ساقط شدن تعهد اصلی، وجه التزام که یک تعهد مستقل است، میان طرفین الزام جدیدی ایجاد می کند. این وجه التزام، موضوع تعهد جدیدی است که با انفساخ و زوال تعهد قبلی بر اثر حادثه خارجی و غیر قابل اجتناب، بر عهده متعهد قرار می گیرد. در این صورت قواعد پیش گفته در خصوص معافیت متعهد، برای تعهد جدید نیز قابل استناد است. ملاک معافیت ناشی از نفی عسر و حرج در هر دو نظام حقوقی مدنظر، شخصی است؛ بنابراین ممکن است در قرارداد واحد و تعدد متعهدین، برخی از پرداخت دین معاف باشند، در حالی که بعضی دیگر به سبب ملاتمت، مسئول جبران خسارت باقی بمانند. وقوع قوه قاهره با دو شرط خارجی و غیر قابل اجتناب بودن قابل اثبات است و شرط قابلیت پیش بینی از اوصاف آن نیست. این شرط از عوامل احراز شرط غیر قابل اجتناب بودن است و خود شرط مستقلی محسوب نمی گردد. اثر وقوع قوه قاهره نیز، تعهد اجرای تعذر است. به همین سبب با توجه به موقتی یا دائمی بودن تعذر مزبور، تعهد مزبور معلق یا زایل می گردد. همچنین در صورت ورود ضرر به طرفین قرارداد به لحاظ وقوع قوه قاهره و تعلیق تعهد، حق فسخ قرارداد به سبب ضرر نیز می تواند مورد استناد طرفین قرار بگیرد.



## منابع

## فارسی و عربی

- ابراهیمی علیرضا، ضمانت اجراهای قابل استناد در نقض تعهد منفی قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق مدنی افغانستان و ایران)، (تهران: قانون یار، 1398).
- ابهری علی آباد حمید، تأثیر قوه قاهره در مسئولیت مدنی (پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران)، (تهران: بی نا، 1375).
- انصاری مرتضی، مکاسب، ج 2، (قم: منشورات دار الذخیر، 1411).
- بجنوردی سید محمد، قواعد فقهیه، (تهران: میعاد، 1372).
- بهرامی احمدی حمید، قواعد فقه (لاضرر)، ج 2، (تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، 1390).
- جعفری لنگرودی محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجاری، (تهران: کتابخانه گنج دانش، 1388).
- \_\_\_\_\_، ترمینولوژی حقوق، (تهران: ابن سینا، 1346).
- \_\_\_\_\_، حقوق تعهدات، ج 1، (تهران: کتابخانه گنج دانش، 1378).
- حاجی ویسی پریسا، بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تعهد منفی در حقوق ایران و انگلیس (پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه بین المللی امام خمینی)، (قزوین: بی نا، 1390).
- حصکفی علاء الدین محمد، الدر المختار شرح تنویر الابصار، ج 6، (بیروت: دارالفکر، 1415).
- حلّی حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج 11، (قم: آل البيت علیهم السلام لاحیا التراث، 1414).
- داراب پور مهرباب، «ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش 29 و 30 (1379).
- ژوردن پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، (تهران: میزان، 1382).
- سبحانی جعفر، قاعدتان فقهیتان (اللاضرر و الرضاع)، (قم: موسسه سیدالشهدا، 1408).
- سنهوری عبدالرزاق احمد، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ج 4، (بی جا: بی نا، 1959).
- \_\_\_\_\_، نظریه العقد، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه،



(1998).

- شایگان سید علی، حقوق مدنی، (قزوین: طه، 1375).
- شریفی، الهام‌الدین و ناهید صفری، «مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران»، مجله نامه مفید، ش 79 (1389).
- صفایی سید حسین، «قوه قاهره یا فورس ماژور»، فصلنامه حقوقی بین‌المللی، ش 3 (1364).
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی و تطبیقی، (تهران: میزان، 1386).
- عدل مصطفی، حقوق مدنی، (قزوین: بحر العلوم، 1373).
- عسکری سامان و هادی احتشامی، «مقایسه نظریه عقیم شدن قرارداد با نظریات قوه قاهره، تغییر اوضاع و احوال و دشواری اجرای قرارداد»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش 14 (1395).
- قاسم‌زاده سید مرتضی، اصول قراردادهای و تعهدات، (تهران: داد گستر، 1387).
- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، ج 1، (تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، 1373).
- \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادهای، ج 5، (تهران: انتشار با همکاری بهمن برنا، 1376).
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، (تهران: نشر داد گستر، 1379).
- \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادهای، ج 4، (تهران: انتشار با همکاری بهمن برنا، 1380).
- محقق حلی ابوالقاسم نجم‌الدین محمد، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام، ج 2، (قم: استقلال، 1409).
- محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی 2)، (تهران: سمت، 1388).
- \_\_\_\_\_، قواعد فقه (مالکیت - مسئولیت)، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، 1389).
- محمصانی صبحی، النظریه العامه للموجبات و العقود، (بیروت: دارالعلم للملایین،

(1983).

- مکارم شیرازی ناصر، القواعد الفقهیه، ج 2، (بی جا: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)،

(1410).

- موصلی حنفی عبدالله، الاختیار لتعلیل المختار، ج 1، (بیروت: دار الارقم، بی تا).

- نجفی محمدحسن، جواهر الکلام، ج 27، (تهران: دار الاسلامیه، 1365).

قوانین و مقررات

- قانون مدنی افغانستان، 1354

- قانون مدنی ایران، 1310

- قانون دریایی ایران، 1343

- لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک، 1358

