

تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)

دکتر امیر حسین آبادی

گفتار سوم تعدیل قضایی^۱

تعدیل قانونی و قراردادی عقد را طی دو گفتار در شماره ۱۹-۲۰ مجله تحقیقات حقوقی بررسی کردیم، اکنون گفتار مربوط به تعدیل قضایی قرارداد را مورد بحث قرار می‌دهیم.

دیدیم که طرفین قرارداد و همچنین قانونگذار می‌توانند برای جلوگیری از برهم خوردن تعادل عوضین در جریان اجرای قرارداد، تمهیداتی در نظر بگیرند و اگر این تعادل به نحوی برهم خورد، قانونگذار با تصویب قانون و طرفین با توافق یکدیگر می‌توانند آن را متعادل نمایند. هرچند رعایت احترام اراده طرفین بر قانونگذار هم لازم و ضروری است و حتی الامکان باید از دخالت در قراردادی که بوسیله طرفین منعقد شده خودداری کند، ولی در صورت اقتضای مصلحت، چنین دخالتی توجیه پذیر است.

اما سؤال مهمی که در این مورد مطرح می‌شود این است که آیا قاضی هم می‌تواند در تعدیل قرارداد نقشی داشته باشد؟

پاسخ به این پرسش در سیستمهای حقوقی نوشته بدون تردید منفی است، زیرا در این گونه سیستمها تغییر تعهدات طرفین و متعادل کردن قرارداد در صلاحیت

۱. تعدیل قانونی و قراردادی در شماره ۱۹-۲۰ مجله تحقیقات حقوقی صفحه ۱۷۹ به بعد درج شده است.

قانونگذار است و قاضی به هیچ روی و تحت هیچ عنوانی ولو به نام اجرای عدالت، حق کاستن از تعهدات طرفین و یا افزودن بر آن را ندارد؛ و همانگونه که ملزم به اجرای قانون است باید قرارداد را نیز اجرا کند و اگر اجمال یا ابهامی در آن وجود داشته باشد باید همانطور که قانون را تفسیر می‌کند، به همان روش، قرارداد را هم تفسیر کند.

با وجود این، گاهی اوقات اوضاع و احوال به ویژه اوضاع و احوال اقتصادی حاکم بر زمان انعقاد قرارداد بر اثر حوادث غیر قابل پیش بینی آنچنان تغییر می‌کند که ارزش واقعی عوضین غیر از آن چیزی می‌گردد که طرفین در هنگام انعقاد عقد در نظر گرفته‌اند. در چنین صورتی مسأله مداخله دادرس و تعدیل قضایی مطرح می‌شود، که نظریه «عدم پیش بینی» یا "Théorie de l'imprévision" می‌تواند چنین مداخله‌ای را توجیه کند. بنابراین ابتدا به معرفی و بیان این تئوری می‌پردازیم و سپس شرایط تحقق و مبنای آن را توضیح می‌دهیم و بعد از آن جایگاه این نظریه را در حقوق فرانسه بررسی می‌کنیم، و مطلب آخر را به حقوق ایران اختصاص می‌دهیم. شایان ذکر است که در قوانین برخی کشورها از جمله آلمان، سوئیس، ایتالیا، یونان و پرتغال عدم پیش بینی به عنوان یک نظریه عمومی پذیرفته شده است.^۲

الف - نظریه عدم پیش بینی "Théorie de l'imprévision"

این تئوری که از پدیده‌های قرن حاضر و پی‌آمد بحرانهای اقتصادی ناشی از جنگ جهانی این قرن است، از طرف نویسندگان، یا قوانین به طور مشخص تعریف نشده است. دیوان کشور بلژیک در رأیی که در سال ۱۹۲۴ صادر کرده، این تئوری را چنین تعریف کرده است:

۲. برای مطالعه این نظریه در حقوق برخی کشورها بنگرید به دکتر کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، قرائت و تمرین ۱۴، صفحه ۱۰۸.

«حادثه ای غیر متعارف که در هنگام انعقاد عقد قابل پیش بینی نبوده و تعادل اقتصادی قرارداد را عمیقاً دگرگون کرده است به نحوی که طرف متضرر اگر می توانست آن را پیش بینی کند، هرگز راضی به قبول آن نمی شد».^۲

تعریفی که استاد دکتر کاتوزیان از این نظریه ارائه داده اند کم و بیش همین مفهوم را می رساند:

«حادثه ای پیش بینی نشده که اجرای تعهد را محال نمی کند (قوه قاهره) ولی آن را به غایت دشوار می سازد و تعادل مطلوب بین دو عوض را بر هم می زند».^۳

برای شناخت هر نظریه یا پدیده ای، چنانچه اوصاف و خصوصیات آن دقیقاً بررسی شود، تعریف و ماهیت آن خود بخود روشن می گردد، ما نیز برای شناسایی نظریه عدم پیش بینی ابتدا به بررسی اوصاف این نظریه می پردازیم: همانطور که از این تعریف و دیگر تعاریف بر می آید نظریه عدم پیش بینی یا "Théorie de l'imprevision" باید در حد فورس ماژور (قوه قاهره) نباشد، چه در آن صورت اجرای تعهد غیر ممکن خواهد شد و موجب انحلال قرارداد می گردد و موجبی برای تعدیل آن باقی نمی ماند. حادثه باید چنان باشد که در اثر آن، اجرای قرارداد برای یکی از طرفین بیش از حد معمول و متعارف دشوار و پرهزینه گردد.

۱. حادثه باید در قرارداد پیش بینی نشده باشد

این مسأله به قدری روشن و بدیهی است که شاید نیازی به ذکر آن به عنوان یکی از خصوصیات نباشد، زیرا وقتی که طرفین وجود یک حادثه را در قرارداد پیش بینی و بیان می کنند، این حادثه هر چند موجب سنگینی و صرف هزینه گزاف

3. Cass. belge, 30 Octobre 1924, I. P. 565. cité par DENIS (M.Ph): Changement de circonstance et bouleversement de l'economie contractuelle, Bruxelles 1986.

۴. دکتر کاتوزیان، ناصر: «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، صفحه ۸۱، شماره ۵۳۴.

در اجرای تعهد باشد، نمی‌تواند از طرف متعهد برای تعدیل قرارداد مورد استناد قرار گیرد.

به موجب ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه و ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران، قرارداد قانون طرفین است و آنان ملزم و مکلف اند تمام موارد آن را با حسن نیت اجرا نمایند، و علی‌الاصول قیمت‌ها با توجه به دشواری و سادگی تعهدات تعیین می‌گردد، و در هر موردی که حادثه یا امری موجب صرف وقت بیشتر یا هزینه گزاف‌تری گردد، مقداری از عوض در قبال آن قرار می‌گیرد.

علاوه بر آنچه که به طور صریح در قرارداد پیش‌بینی می‌گردد، طرفین ملزمند به آنچه که از عرف یا قانون نیز ناشی می‌شود گردن نهند، مواد ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه و ۲۲۰ قانون مدنی ایران در این مورد به قدر کافی صراحت دارد.^۵

۲. حادثه غیر قابل پیش‌بینی باشد

یکی از مهمترین خصوصیات این نظریه، غیر قابل پیش‌بینی بودن آن است، این خصوصیت که قید اصلی این نظریه محسوب می‌گردد عبارت است از این که واقعه‌ای که توازن بین عوضین را در هنگام اجرا برهم زده باید در هنگام انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نبوده باشد. ملاک قابلیت پیش‌بینی عرف است؛ اگر حادثه عرفاً قابل پیش‌بینی باشد یعنی یک فرد معمولی و متعارف در ردیف و موقعیت متعهد بتواند آن را پیش‌بینی کند، متعهد نمی‌تواند برای رهایی از تعهدات خود به این نظریه استناد کند، هر چند که حادثه برای او بر اثر بی‌توجهی یا عدم آگاهی،

۵. ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران مقرر داشته: «عقد نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند».

واقعاً قابل پیش بینی نبوده باشد.^۶

یکی از اساتید حقوق اداری ایران در این خصوص چنین نگاشته اند:^۷

«باید دانست در طول مدت قرارداد حوادث مختلفی بروز و اجرای آن را دچار اشکال و مخاطره می نماید. بعضی از این حوادث عادی است و طرفین آن را باید تحمل نمایند زیرا همانطور که شخص از منافع پیمان خود استفاده می کند باید به زیان آن و لوازم آن که خارج از حدود انتظار باشد تن دهد. ولی بعضی حوادث مطلقاً غیر قابل پیش بینی است و طرفین نمی توانند قبلاً فکر آن را بکنند مثلاً تغییرات و نوسانات قیمتها که از عوامل اقتصاد سرمایه داری است تغییرات نسبتاً معمولی و قابل پیش بینی هستند ولی اگر این نوسانات ناشی از عوامل استثنایی مانند جنگ و کاهش قوه خرید پول و بحران اقتصادی باشد در این صورت جنبه غیر عادی خواهند داشت. عواملی که سبب واژگون شدن اقتصاد قرارداد می گردد گوناگون و متنوع است و حتی گاهی ممکن است خود معلول بعضی مداخلات دولتی باشد که سبب اغتشاش اوضاع اقتصادی و به هم خوردن موازین قراردادها می گردد مانند تصمیم دولت درباره افزایش قوه خرید پول، تعیین نرخ اجناس، جنگ و غیره».

و یکی از حقوقدانان فرانسه در این زمینه می گوید: «اگر در لحظه انعقاد قرارداد، مقدمات شروع یک جنگ فراهم شده باشد، وقوع جنگ قابل پیش بینی است، لیکن پی آمدهای اقتصادی که این جنگ در جریان اجرای قرارداد بر روی قیمتها خواهد داشت، ممکن است قابل پیش بینی نباشد. بنابراین اگر نوسان

۶. قابل پیش بینی بودن نه تنها در قراردادها، بلکه در الزامات خارج از قرارداد هم علی الاصول یکی از شرایط تحقق مسؤولیت مدنی است، ماده ۳۴۷ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته: «هرگاه کسی چیزی را بر روی دیوار خود قرار دهد و در اثر حوادث پیش بینی نشده به معبر عام بیفتد و موجب خسارت شود عهده دار نخواهد بود مگر آن که آن را طوری گذاشته باشد که عادتاً ساقط می شود». برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به دکتر کانونیان، الزامهای خارج از قرارداد، ص ۲۵۸.

۷. دکتر طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ حقوق اداری، جلد دوم، ص ۱۱۵.

قیمتها بیش از آنچه باشد که تصور می شده، متعهد می تواند به تئوری عدم پیش بینی "imprévision" استناد کند.^۸

این همان ایرادی است که شورای دولتی فرانسه در موضوع گاز کشی شهر «بردو» بر دفاع شهرداری وارد کرده، و نظریه عدم پیش بینی را پذیرفت: شهرداری «بردو» و نماینده شورای شهر در دفاع اظهار داشته بودند که در یک قراردادی که از سال ۱۹۰۴ به مدت ۳۰ سال منعقد شده است، احتمال هر نوع حادثه ای از جمله جنگ، قابل پیش بینی بوده است، بنابراین متعهد نمی تواند برای رهایی خود از اجرای تعهد و یا تعدیل قیمتها به جنگ جهانی اول استناد کند. شورای دولتی استدلال کرد: هرچند با توجه به طول مدت قرارداد احتمال هر واقعه ای از جمله جنگ قابل تصور بوده است، لیکن آنچه که قابل پیش بینی نبوده، وسعت و دامنه این جنگ، عواقب و آثار و نتایج حاصل از آن به ویژه در زمینه مسائل اقتصادی بوده است، در نتیجه شرکت گاز را در تقاضای خود مبنی بر تعدیل قیمتها ذی حق تشخیص داد.^۹

برای تشخیص غیر قابل پیش بینی بودن حادثه، قاضی باید اوضاع و احوال حاکم بر زمان انعقاد عقد را مورد بررسی قرار دهد؛ اوضاع و احوالی که طرفین می توانسته اند با در نظر گرفتن آنها میزان تعهدات خود را ارزیابی کرده و با توجه به تمام جوانب، حاضر به انجام معامله گردند. شورای دولتی فرانسه رأی دادگاه اداری شهر «گرونویل» را فسخ و درخواست مطالبه خسارت از طریق یک مؤسسه خصوصی را، به لحاظ قابل پیش بینی بودن حادثه ای که منجر به ورود خسارت گردیده بود، رد کرد. جریان از این قرار بود که یک شرکت خصوصی، بهره برداری از دستگاههای بالا برنده اسکی بازها را در یک دهکده در دامنه کوههای آلپ اجاره کرده بود. مدتی بعد طرح توسعه دستگاههای بالا برنده از طرف دولت به اجرا

8. VOIRIN (PIERRE) De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse Nancy 1922, p. 145.

9. C. E. 23 Janvier 1920, Rec. 1920, p. 67.

در مورد این رأی در همین مقاله در قسمت رويه قضایی بحث خواهیم کرد.

در آمد و در نزدیکی تأسیسات سابق، دستگاههای مدرن و مجهزی که با سهولت بیشتر و راحت تر ورزشکاران را بالا می برد، نصب و مورد استفاده قرار گرفت، مستأجر (بهره بردار) مشتریان خود را به کلی از دست داد و از دادگاه اداری تقاضای مطالبه خسارت نمود. دادگاه درخواست وی را پذیرفت، ولی شورای دولتی این رأی را فسخ و تقاضای خواهان را رد کرد؛ استدلال شورا این بود که طرح توسعه ورزشهای زمستانی در هنگام انعقاد قرارداد قابل پیش بینی بوده است.^(۱ مکرر)

از شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان تهران رأیی در همین زمینه (در پرونده کلاسه ۳۸۲/۳۹) بر رد درخواست فسخ اجاره قناتی که مستأجر به لحاظ ایجاد لوله کشی شهر تهران، مشتریان خود را از دست داده بود، به شرح زیر صادر شده است.^{۱۱}

«... از هیچ یک از مواد قانون مدنی بر نمی آید که این تعهد (مستأجر) شامل تأمین سود حتمی مستأجر در استفاده از منافع موضوع معامله هم هست، تا از این راه بتوان، در مقابل عدم امکان انجام این تعهد، مستأجر را هم از تعهدات خود در مورد پرداخت مال الاجاره بری دانست. بنابراین، اگر شخص ثالثی با عرضه متاع بهتری بتواند مشتریان مستأجر را به خود اختصاص دهد و در نتیجه این رقابت نتواند غرض وداعی خود را از انعقاد قرارداد کاملاً عملی سازد و سودی را که احتمال می داده ببرد، هیچ موجبی برای فسخ اجاره و جبران این منافع احتمالی از راه تحمیل ضرر بر موجر به نظر نمی رسد، به خصوص که مسأله لوله کشی منازل و اماکن نواحی مختلف تهران در هنگام تنظیم قرارداد کاملاً روشن و قابل پیش بینی بوده و مسلماً اجاره با توجه به این قضیه تعیین شده است...»

۳. حادثه باید غیر قابل اجتناب باشد

پدیده ای که تعادل اقتصادی عوضین را دگرگون کرده، برای این که بتواند مبنای تجدید نظر در عقد قرار گیرد لازم است که غیر قابل پیش بینی باشد، ولی این

9. C. E. 23 Janvier 1959, commun d' HUEZ. Rec. 1959, p. 67.

۱۰. دکتر کاتوزیان، ناصر: قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شماره ۵۴۰، صفحه ۹۸.

شرط کافی نیست. باید علاوه بر قابل پیش بینی نبودن، غیر قابل اجتناب و مقاومت ناپذیر هم باشد. پس اگر حادثه ای غیر قابل پیش بینی در حین اجرای عقد رخ دهد و متعهد بتواند آن را دفع یا در مقابل آن مقاومت کند، موجبی برای استفاده وی از نظریه عدم پیش بینی وجود ندارد. هنگامی که در اجرای تعهدات مانعی به وجود می آید، طرفین قرارداد عموماً و متعهد خصوصاً باید تمام سعی و کوشش خود را به کار برند تا آن را دفع کنند. متعهدی که با امکان دفع مانع و اجتناب از حادثه غیر قابل پیش بینی نسبت به آن اقدام نکند، با حسن نیت تلقی نمی شود و نمی تواند از هیچ ارفاق قانونی بهره مند شود، به عنوان مثال مدیر یک کارخانه که امکان جلوگیری از اعتصاب کارکنان را دارد، نمی تواند به اعتصاب به عنوان یک حادثه غیر قابل پیش بینی استناد کند، هرچند که وقوع اعتصاب واقعاً قابل پیش بینی نبوده باشد. دیوان کشور فرانسه در مورد غیر قابل مقاومت بودن حادثه چنین اظهار نظر کرده است: «حافظ و یا هر متعهد دیگری در صورتی از پرداخت خسارت معاف می شود که همه اقدامات لازم را برای جلوگیری از ورود خسارت به کار برده باشد».^{۱۱}

ضابطه و ملاک تشخیص غیر قابل مقاومت بودن حادثه، عرف است؛ به عبارت دیگر، حادثه باید از نظر یک فرد متعارف در همان وضعیت، غیر قابل مقاومت و اجتناب ناپذیر باشد. مفهوم غیر قابل اجتناب بودن این نیست که مقاومت در برابر آن غیر ممکن باشد، بلکه اگر دفع حادثه با صرف هزینه های فوق العاده سنگین و توأم با مشقت باشد، باید گفت غیر قابل مقاومت است. دیوان کشور فرانسه در آرای متعددی این مسأله را مورد تأیید قرار داده است.^{۱۲}

۴. غیر قابل انتساب بودن حادثه به طرفین قرارداد

حادثه ای که تعادل قرارداد را برهم می زند، وقتی موجب تعدیل و یا

11. Cass. Com. 24 Novembre 1953. JCP. II. 1945, 8302 Note RADOUANT.

12. Cass. Civ. 6 Juillet 1960, Bull. Civ. No. 439; 4 Octobre 1961, D. 1961, 755 Note ESMEIN (P.)

معافیت متعهد از اجرای تعهد یا پرداخت خسارت می‌گردد، که از شخص وی یا اشخاص و اشیای تحت حفاظت او ناشی نشده باشد. به عبارت دیگر و به طوری که در ماده ۲۲۷ قانون مدنی بیان شده حادثه باید خارجی باشد.^{۱۳} ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی فرانسه که به احتمال زیاد منبع اقتباس ماده ۲۲۷ قانون مدنی ایران است، علاوه بر غیر قابل انتساب بودن حادثه به متعهد، حسن نیت داشتن وی را هم یکی از شرایط معافیت از پرداخت خسارت دانسته است.

به هر حال، اگر حادثه‌ای که موجب دشواری اجرای تعهد شده، ناشی از شخص متعهد باشد، او مکلف است تعهد را هر چند با صرف هزینه فوق العاده سنگین و طاقت فرسا اجرا کند، و موردی برای استفاده از نظریه عدم پیش بینی یا "Théorie de l'imprévision" وجود ندارد.

۵. دگرگون شدن تعادل اقتصادی عوضین

یکی از خصوصیات و اوصاف اساسی نظریه عدم پیش بینی (imprévision) این است که توازن مالی بین دو عوض شدیداً دگرگون شود و یکی از طرفین ناگزیر به اجرای تعهد خود با صرف هزینه گزاف باشد. اگر بعد از انعقاد قرارداد حادثه‌ای هر چند غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب رخ دهد ولی تأثیری بر تعهدات طرفین نداشته و یا اثر آن خفیف و ضعیف باشد، هیچ دلیلی برای اجرای نظریه عدم پیش بینی و تعدیل قرارداد وجود ندارد.

برهم خوردن توازن و تعادل قرارداد باید مستقیماً ناشی از حادثه غیر قابل پیش بینی باشد. بار اقامه دلیل و اثبات رابطه علیت مستقیم بر دوش متعهد است. در مورد دگرگونی توازن مالی تعهدات طرفین یکی از نویسندگان فرانسوی نمونه‌ای بیان کرده که جالب توجه است.^{۱۴}

۱۳. ماده ۲۲۷ قانون مدنی مقرر داشته: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود».

14. VOIRIN, (P), op. cit. p. 12.

قبل از شروع جنگ جهانی اول بهای یک تن ذغال سنگ بین ۲۰ تا ۲۲ فرانک و حداکثر ۲۸ فرانک فرانسه بوده است. در ماه مارس ۱۹۱۵ اوایل جنگ جهانی به ۴۴ فرانک و در ماه دسامبر ۱۹۱۵ به ۷۳ فرانک و در مارس ۱۹۱۶ به مبلغ ۱۱۷ فرانک و بالاخره در آخر همین سال به ۱۷۴ فرانک رسیده است. با یک بررسی مختصر ملاحظه می شود که قیمت ذغال سنگ در فاصله زمانی کوتاه، چندین برابر شده است. بدیهی است متعهدی که ماده اولیه کار او ذغال سنگ است، در اجرای تعهد خود به مشقت و سختی خواهد افتاد و ناگزیر است چندین برابر آنچه که تصور می کرده هزینه کند و این برخلاف عدالت معاوضی است. البته باید توجه داشت که در عقود معوض احتمال سود و زیان امری طبیعی است، ولی این احتمال حدی دارد، و چنانچه از حدود تصورات طرفین تجاوز کند، نظریه عدم پیش بینی برای تعدیل قرارداد قابل اعمال خواهد بود.

برای ارزیابی درجه احتمال سود و زیان و تشخیص تحقق نظریه عدم پیش بینی (imprévision) قاضی باید اوضاع و احوال کلی جامعه و حوادث عمومی را که موجب دگرگونی اقتصادی قرارداد شده در نظر بگیرد. وضع خاص طرفین و تغییرات و نوسانات مالی آنان که ناشی از اقدامات شخصی و امور خصوصی است، هیچ تأثیری در این ارزیابی ندارد. به عبارت دیگر دادگاه باید اوضاع و احوال را معیار قرار دهد نه وضعیت متعهد را.

۶. حادثه باید وصف قوه قاهره (فورس ماژور) را نداشته باشد

هرچند نظریه عدم پیش بینی (imprévision) از لحاظ اوصاف و خصوصیات به قوه قاهره (فورس ماژور) شبیه است لیکن بین این دو مفهوم حقوقی نزدیک، تفاوتی وجود دارد.

به نظر می رسد که اصطلاح "Force Majeure" یا قوه قاهره برای اولین بار در قانون مدنی فرانسه (تدوین شده به فرمان ناپلئون) به کار رفته و سپس ترجمه آن در سیستمهای حقوقی دیگر مورد استفاده قرار گرفته است، اما در حقوق بین الملل

حتی در نوشته های انگلیسی همان اصطلاح فرانسوی آن "Force Majeure" به کار می رود.^{۱۵}

قانون مدنی فرانسه «فورس ماژور» را تعریف نکرده است؛ برخی از حقوقدانان این کشور تعاریفی به شرح ذیل ارائه داده اند:

«حادثه غیر قابل پیش بینی، غیر قابل مقاومت، خارج از حیطه اقتدار متعهد یا عامل یک زیان، که آنها را از اجرای تعهد و یا جبران خسارت معاف می کند.»^{۱۶}

مازوها در تعریف فورس ماژور گفته اند: «حادثه ای است ناشناخته، غیر قابل پیش بینی و غیر قابل مقاومت».^{۱۷} همانطور که از این تعریف برمی آید و در بالا نیز به آن اشاره شد، شرایط و خصوصیات قوه قاهره "Force Majeure" و عدم پیش بینی "imprévision" یکسان است، تنها تفاوت مهمی که بین آنها وجود دارد این است که قوه قاهره اجرای تعهد را غیر ممکن می کند ولی عدم پیش بینی اجرای آن را بی نهایت دشوار می کند بدون این که غیر ممکن سازد. تفاوت دیگر بین این دو مفهوم در آثار آنهاست؛ اثر عدم پیش بینی تعدیل قرارداد است در حالی که اثر قوه قاهره (فورس ماژور) انحلال قرارداد یا تعلیق آن می باشد.

یک نویسنده در تفاوت بین این دو پدیده حقوقی (Force Majeure et imprévision) چنین اظهار نظر کرده است:

«فورس ماژور حادثه ای است که مانع حصول نتیجه مورد نظر طرفین می شود در صورتی که ثنوری عدم پیش بینی یا imprévision سبب دگرگونی ارزش

۱۵. دکتر صفایی، سید حسین؛ مقاله «قوه قاهره یا "Force Majeure" بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۳، تابستان ۱۳۶۴.

16. ASSOCIATION-Henri Capitant, Vocabulaire Juridique, p. 362, mot "Force Majeure".

17. MAZEAUD (H. L. et J.) Leçon de droit civil, tome 2 obligation, Théorie générale 8 ème éd. par CHABAS (F.) No. 573.

اقتصادی دو عوض می‌گردد، به همین دلیل است که *imprévision* نمی‌تواند داخل قلمرو تئوری فورس ماژور قرار گیرد».^{۱۸}

به رغم تفاوت ظریفی که بین این دو نهاد حقوقی وجود دارد رویه قضایی فرانسه در مسائل مربوط به اجاره گاهی آنها را یکی دانسته و مواردی که از مصادیق عدم پیش بینی است فورس ماژور محسوب داشته است، موضوع به شرح زیر است: مطابق ماده ۱۷۲۰ قانون مدنی فرانسه «موجر مکلف است عین مستأجره را از هر جهت سالم و تعمیر شده تسلیم مستأجر کند، او همچنین مکلف است در طول مدت اجاره هر نوع تعمیرات لازم در عین مستأجره را به عمل آورد. (با ماده ۴۷۷ قانون مدنی ایران مقایسه شود) برابر ماده ۱۷۲۲ این قانون «اگر در طول مدت اجاره عین مستأجره بر اثر حادثه غیر مترقبه ای به طور کلی از بین برود عقد اجاره فسخ می‌شود. (منفسخ می‌گردد) و اگر به طور جزئی از بین برود مستأجر می‌تواند تقلیل مال الاجاره و یا فسخ اجاره را درخواست نماید. (با ماده ۴۸۳ قانون مدنی ایران مقایسه شود).

شعبه اجتماعی دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۶ آوریل ۱۹۵۱^{۱۹} چنین اظهار نظر کرده است: «مقررات ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی در مورد مواد ۱۹۱۹ و ۱۹۲۰ نیز اعمال می‌شود و در مواردی که عین مستأجره بر اثر یک حادثه غیر مترقبه خسارت دیده و تعمیر آن نسبت به اجاره ای که دریافت می‌شود هزینه فوق العاده و گزاف دارد، موجر مکلف به تعمیر آن نیست و مطابق ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی عقد

18. ELGAMMAL (M. M.) "L' adaptation du contrat aux circonstances économiques" Thèse, Paris 1965

محمد مصطفی الجمال استاد حقوق دانشگاه اسکندریه در مصر است که پایان نامه خود را با عنوان بالا در سال ۱۹۶۵ در پاریس دفاع کرده است.

19. "La bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce.

Il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives.

20. Bull. Civ. III, N^o 249. p. 178. D. 1951, p. 505, Note SAVATIER (R).

اجاره منسوخ می‌گردد». این شعبه دیوان کشور، موردی را که هزینه تعمیرات عین مستأجره به مراتب بیش از کل اجاره بهایی است که در تمام مدت دریافت می‌شود، عین مستأجره را در حکم تلف دانسته است.

رأی دیگری از همین شعبه صادر شده است،^{۲۱} و مسؤولیت موجر در تعمیر عین مستأجره را محدود به میزان اجاره بهای دریافتی نکرده و او را در هر حال ملزم به تعمیرات لازم برای بقای عین مستأجره به منظور استفاده مستأجر دانسته است. اما به طور کلی همین شعبه اجتماعی و شعبه مدنی دیوان عالی کشور در آرای متعددی نظر اول را پذیرفته^{۲۲} و موجر را از تعهد خود به تعمیر عین مستأجره در مواردی که هزینه آن نسبت به میزان اجاره بها بیش از اندازه است، معاف دانست.

برخی از نویسندگان این رویه قضایی را بر مبنای نظریه «سبب» (Cause) در معاملات توجیه کرده‌اند ولی به عقیده گستن این راه حل نمی‌تواند مورد قبول باشد، زیرا سبب باید هنگام انعقاد عقد مورد توجه قرار گیرد نه در موقع اجرای آن.^{۲۳} در قانون مدنی فرانسه به ویژه در ماده ۱۱۴۸ آن در مورد مسؤولیت قراردادی، دو اصطلاح قوه قاهره (Force Majeure) و حادثه غیر مترقبه (Cas fortuit) با هم به کار رفته است، بدون این که تفاوت بین آنها مشخص شود. بسیاری از حقوقدانان این دو اصطلاح را مترادف با هم دانسته و هیچ فایده عملی برای تفاوت بین آنها قائل نشده‌اند.^{۲۴}

21. Cass. Soc. 5 Janvier 1959, D. 1959, p. 385, Note ESMEIN (P.).

۲۲. به عنوان نمونه می‌توان به آرای زیر اشاره نمود:

Soc. 20 Fevrier 1953 JCP. 1953 II et 26 November 1954 GAZ. Pal. 1995 I 122 et 16 Mai 1958, Bull. Civ. IV. No 547, Cass. Civ. 6 Fevrier 1962, Bull. Civ. I. No 84, p. 75.

مثلاً در رأی اخیر آمده است که هزینه تعمیرات و بازسازی عین مستأجره ۵۴۵,۰۰۰ فرانک (فرانک قدیمی) و اجاره سالانه آن ۷۰,۰۰۰ فرانک (قدیمی) بوده است.

23. GHESTIN (J) Le Prix dans les contrats de longue durée, L. G. D. J. 1990. No 278.

24. MAZEAUD (H. L. et J.) "Leçon de droit civil tome 2 1^{re} volume, obligations Théorie générale, 8^{ème} éd., Par CHABAS (F) 1991, No 571.

برخی معتقدند که عدم امکان ناشی از قوه قاهره (Force Majeure) مطلق است در حالی که عدم امکان ناشی از حادثه غیر مترقبه (Cas fortuit) نسبی است.^{۹۵} به عبارت روشن تر قوه قاهره غیر قابل مقاومت است، در صورتی که Cas fortuit (حادثه غیر مترقبه) ممکن است مقاومت پذیر باشد، ولی در هر حال هر دو غیر قابل پیش بینی هستند.

ب. مبنای حقوقی نظریه عدم پیش بینی

به طوری که در ابتدای این نوشتار بیان شد، برخلاف قوانین برخی از کشورها، در قانون مدنی فرانسه و ایران نص صریحی به قاضی اجازه نداده تا در قراردادی که بر اثر یک حادثه غیر قابل پیش بینی، تعادل مالی آن برهم خورده است، تجدید نظر کند، و اصل الزام آور بودن قراردادها را محترم و غیر قابل تجاوز دانسته اند. بسیاری از نویسندگان عقیده دارند که این اصل که در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه (ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران) بیان شده گاهی اوقات با عدالت قراردادی در تضاد است، بدین توضیح که از یک طرف متعهد باید به تعهد خود عمل کند، و فقط در مواردی که اجرای قرارداد غیر ممکن است، از انجام آن معاف شود، و نباید به بهانه گرانی و سنگینی یا پرخرج شدن تعهد از اجرای آن شانه خالی کند؛ از جانب دیگر عدالت اقتضا دارد، که متعهدی که در نتیجه حوادث غیر قابل انتظار، تعهدات او بیش از آنچه که قابل تصور بوده دشوار گردیده حمایت شود، و تعادل مجدداً به نحوی در تعهدات طرفین برقرار شود. به همین منظور علمای حقوق فرانسه (دکترین) سعی کرده اند تا مبنایی اصولی برای توجیه نظریه عدم پیش بینی "Imprévision" بیابند. تمام نظرات و پیشنهادات ارائه شده را به شرح زیر می توان خلاصه کرد:

25. COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit français, tome 2, No. 126, p. 90.

۱. بر مبنای اراده و توافق طرفین

این قاعده مبتنی بر این نظریه است که در تمام قراردادهای طولانی مدت یک شرط ضمنی بین طرفین وجود دارد، که تعهدات آنها در همان شرایط و وضعیتی که در هنگام انعقاد عقد حاکم بوده اجرا شود. بنابراین اگر یک واقعه مهمی مانند جنگ یا بحران اقتصادی غیر قابل پیش بینی، اوضاع و احوال زمان تشکیل قرارداد را تغییر دهد، این شرط ضمنی به زیان‌ندیدده حق خواهد داد که فسخ قرارداد یا تعدیل آن را درخواست نماید.

با این تعبیر، امکان تجدید نظر در قرارداد هیچ منافات و تعارضی با اصل الزام آور بودن عقود ندارد؛ زیرا این تجدید نظر نه تنها تجاوز به اراده طرفین و متعاقدين قرارداد نیست بلکه رعایت احترام کامل به اراده آنان است.^{۲۷}

این نظریه که از حقوق کلیسا (droit comonique) نشأت گرفته و بر "Rebus sic stantibus" مبتنی است، شدیداً مورد انتقاد برخی از حقوقدانان قرار گرفته است.^{۲۸} اینان ادعا کرده اند که این نظریه مبنای درستی ندارد زیرا:

اولاً، توافق ضمنی که این شرط منتسب به آن است متکی و مقرون به هیچ دلیلی نیست. چگونه می توان گفت بنای طرفین بر این است که اوضاع و احوال زمان قرارداد تا هنگام اجرای کامل آن تغییر نکند.

ثانیاً، در تمام قراردادهای معوض طولانی مدت، حتی در یک اوضاع و احوال معمولی، احتمال بالا و پایین رفتن قیمت‌ها وجود دارد، چه بسا که هریک از طرفین امید و انتظار وقوع هر نوع حادثه را به منظور بهره‌جستن از آن داشته باشند. بنابراین اگر قصد طرفین این بوده که تغییر اوضاع و احوال و نوسانات پولی در مورد آنها هیچ تأثیری نداشته باشد و تعهدات آنان هماهنگ با تغییر اوضاع و

۲۶. برای مطالعه این شرط و موارد و مصادیق آن رجوع شود به استاد دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، ص ۹۵ به بعد.

27. COLIN et CAPITANT, op. cit. No. 895. WEILL (A) et TERRE (F): Droit Civil, les obligations 4^{ème} éd., pricis Dalloz, 1986, No. 378, MARTY et RAYNAUD. Droit Civit, lesobligations tom. 1, 1998, No. 277.

احوال تغییر کند، باید به طور صریح شرط کنند. سکوت آنان دلیل بر این است که قرارداد باید به نحوی که منعقد شده اجرا گردد.

ژرژ ریبر^{۲۸} حقوقدان مشهور فرانسوی در این باره می نویسد: شرط ضمنی یا "Clause Rebus sic Stantibus" نمی تواند مورد قبول باشد، زیرا با طبیعت اقتصادی قرارداد مخالف است.

اگر مورد معامله نباید تغییر کند، انعقاد قرارداد با اجرای طولانی مدت ضرورتی ندارد؛ یا لاقلاً این نوع قرارداد امتیاز بسیار اندکی دربر خواهد داشت. برعکس چیزی که متعهد له پیش بینی می کند تغییر موضوعات و مورد معامله است. البته نمی توان گفت که اوضاع و احوال آینده را دقیقاً پیش بینی می کند، ولی آنچه که او در نظر می گیرد این است که وضع موجود تغییر خواهد کرد.

مازوها نیز در همین مورد بیان داشته اند:^{۲۹} «اگر طرفین می خواهند که چنین شرطی (... Clause Rebus sic) داخل در قرارداد آنها شود باید به آن تصریح نمایند. در اکثر موارد عقد یک وسیله ای است برای یکی از طرفین که در برابر اوضاع و احوال پیش بینی نشده تضمین کافی داشته باشد. به عنوان مثال خریدار مال غیر متقولی که بهای آن را به اقساط سالیانه می پردازد، می تواند امیدوار باشد که ارزش اموال او افزایش می یابد، فروشنده هم به نوبه خود می تواند روی ثمن ثابتی که هر سال دریافت می کند حساب کند، بالاخره آنها اضافه می کنند که اگر "Clause Rebus sic..." در حقوق بین المللی قابل استناد باشد در یک عقد خصوصی چنین شرطی قابلیت استناد ندارد».

بدین ترتیب شرط ضمنی مبتنی بر اراده مشترک طرفین، نمی تواند از نظریه عدم پیش بینی "Théorie de l'imprévision" را توجیه کند.

28. RIPERT (G): La Règle morale dans les obligations civiles, 4 ème éd., 1949, pp. 139-140.

29. MAZEAUD (H. L et J), CHABAS (F): op. cit. No. 734.

۲. نظریه غبن

برخی از نویسندگان سعی کرده اند که تئوری "Imprévision" (عدم پیش بینی) را بر مبنای نظریه غبن اثبات نمایند.^{۳۰} و در توجیه این نظر گفته اند تمام عقود معوض دو جانبه متضمن نوعی تعادل بین عوضین است. نظریه غبن نباید فقط در هنگام تشکیل قرارداد مورد توجه قرار گیرد، اگر بعد از انعقاد عقد هم بر اثر برخی عوامل پیش بینی نشده نوعی عدم هماهنگی بین دو عوض ایجاد شود، تئوری غبن تحقق می یابد و آثار آن که "Rescision" (نوعی بطلان نسبی) و یا "Réadaptation" (هماهنگی مجدد) است ظاهر می گردد.

این پیشنهاد در حقوق فرانسه با اشکال و ایرادات جدی روبرو شده است، زیرا در حقوق فرانسه غبن یک امر استثنایی است که در مورد برخی از عقود (عقد بیع) و نسبت به بعضی از اشخاص (فقط بایع و صغاری که از تحت حمایت خارج نشده اند) اعمال و اجرا می گردد. ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی فرانسه مقرر داشته: «غبن عقد را معیوب نمی گرداند مگر در برخی از قراردادها و نسبت به بعضی از اشخاص به نحوی که در فصل مربوط به آن توضیح داده خواهد شد».^{۳۱}

علاوه بر آن، در حقوق فرانسه غبن از عیوب رضاست، بدیهی است که عیوب رضا فقط هنگام انعقاد عقد مورد توجه واقع می شود، عیبی که بعد از تشکیل قرارداد در اراده یکی از طرفین به وجود آید در عقد منعقد شده هیچ اثری ندارد.

در حقوق ایران استاد دکتر کاتوزیان غبن حادث را مبنایی برای توجیه نظریه عدم پیش بینی "L'imprévision" دانسته اند^{۳۱} که در این خصوص در همین مقاله بعداً بحث خواهیم کرد.

30. PLANIOL et RIPERT. Traité pratique de droit civil français. tome. 6, par ESMEIN (P) No. 391. WEILL et TERRE. op. cit. No. 387, MAZEAUD (H. L et J) op. cit. No. 734.

31. "La Lésionne Vicie Les Conventions que dans certains contrats ou à l'égard de Certaines personnes ainsi qu'il sera expliqué en la mèmesection".

۳۱ مکرر. دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، ص ۹۹ به بعد.

۳. دارا شدن بدون علت و رفتار خلاف حسن نیت

برخی از نویسندگان که ژرژ ریپیر "Georges RIPERT" حقوقدان مشهور فرانسوی در رأس آنهاست، سعی کرده اند تئوری عدم پیش بینی را بر مبنای قاعده انصاف پایه گذاری نمایند؛^{۳۲} و در توجیه نظر خود گفته اند، در این که حادثه غیر قابل پیش بینی سود سرشاری برای یکی از طرفین، و زیان فوق العاده برای طرف دیگر به همراه دارد، هیچ تردیدی نمی توان کرد؛ به عبارت روشن تر یکی از طرفین قرارداد بدون علت و جهت، به بهای کاستن از دارایی دیگری بر دارایی خود می افزاید، و حقوق باید از چنین بی عدالتی جلوگیری کند.

باید تصدیق کرد که این نظریه بیشتر متضمن قواعد اخلاقی است تا یک قاعده حقوقی، به علاوه به طوری که بارها در این نوشته بیان شده، در تمام عقود معوض احتمال سود و زیان برای هر یک از دو طرف عقد وجود دارد، این امر ناشی از طبیعت این گونه قراردادهاست؛ همانطور که بعضی از نویسندگان تأیید کرده اند^{۳۳} سودی که عاید متعهدله می شود بدون جهت نیست، سبب و علت آن قراردادی است که طرفین منعقد کرده اند، پس منشأ این سود را باید در عقد جستجو کرد.

دیوان کشور فرانسه هم در این مورد چنین رأی داده است: «... ثروت و سودی که نصیب متعهدله می شود جهت مشروع خواهد داشت، وقتی که منشأ و منبع آن یک قرارداد باشد».^{۳۴}

بنابراین نظریه دارا شدن بدون علت، نمی تواند مبنای درستی برای تئوری "Imprévision" باشد. بعضی دیگر قاعده حسن نیت را مبنای توجیه عدم پیش بینی دانسته اند.^{۳۵} اینان بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه که مقرر داشته: «قراردادها باید با حسن نیت اجرا شود» چنین تفسیر می کنند که تنها متعهد نیست که باید در

32. RIPERT (G). op. cit. No. 86, p. 135.

33. MAZEAUD. (H. L. et J) op. cit. No. 734.

34. Cass. Civ., 3 ème. 28 Mai 1986, Bull. Civ. III, No. 83, p. 64.

35. PLANION et RIPERT. op. cit. N° 379 - WEILL et TERRE. op. cit. N° 378.

اجرای قرارداد از خود حسن نیت نشان دهد، بلکه طرفین باید هر کدام به سهم خود سعی کند تا تعهدات به نحو احسن اجرا شود؛ وقتی که اجرای تعهد مشکلات فوق العاده و هزینه های گزاف در بر داشته باشد و متعهدله اجرای آن را درخواست کند، نمی توان او را طلبکاری با حسن نیت تلقی کرد و گفت قرارداد با حسن نیت اجرا شده است.

این نظریه هم مصون از انتقاد نمانده است؛ باید بین طلبکاری که حسن نیت ندارد با آن که حق خود را مطالبه می کند تفاوت قائل شد. طلبکاری که حق خود را حتی با اصرار مطالبه می کند نمی توان گفت سوء نیت دارد، زیرا در حدود قانون رفتار کرده و مرتکب تقصیر یا عمل خلافی نشده است.

هرچند دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۸۳^{۳۳} مکرر اظهار نظر کرده است که زیان دیده می تواند برای اثبات اشتباه خود به حوادث و عوامل بعد از انجام معامله هم استناد کند، ولی خیلی مشکل است بتوان نظریه اشتباه را مبنای تئوری "Imprévision" دانست؛ زیرا، اشتباه یکی از عیوب اراده است و عیوب اراده باید در هنگام انعقاد عقد مورد توجه و ارزیابی قرار گیرد نه بعد از تشکیل آن. به طوری که ملاحظه می شود، با این که هر یک از این نظرات چهره ای از حقیقت را برای توجیه این تئوری به همراه دارد، اما هیچ یک از آنها مصون از ایراد و انتقاد باقی نمانده است. به همین دلیل بعضی سعی کرده اند در قانون مدنی مبنایی برای آن بیابند.^{۳۴}

۴. مبنای نظریه عدم پیش بینی یا "L'imprévision" در قانون مدنی فرانسه

اولین ماده ای که در این زمینه مورد توجه قرار گرفته ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی است؛ در قسمت اول این مقاله در مورد این ماده به قدر کافی بحث و بررسی شد؛ و

(32 bis). Cass civ 1^{ère} Chambre, D. 1984, p. 340, Note. AUBERT.

36. WEILL et TERRE, op. cit., No. 387; GHESTIN (J) droit civil, Les obligations, Le Contrat Formation, 2^{ème} éd, L. G. D. J. 1988, No. 153 et 154.

دیدیم که محتوای ماده ۱۲۴۴ نوعی تعدیل قانونی است نه تعدیل قضایی.^{۳۷} ماده دیگری که در این خصوص مورد استناد قرار گرفته، ماده ۹۵۳ قانون مدنی فرانسه است که به موجب آن هبه بین زندگان در صورتی قابل رجوع است که شرایطی که عقد با توجه به آنها واقع شده اجرا نشود، یا بعد از انعقاد هبه برای واهب فرزندی متولد شود. این ماده فرضی را در نظر گرفته که هبه کننده فاقد فرزند است، و اموال خود را می بخشد، سپس دارای فرزند می شود، توگد فرزند واقعه ای است که بعد از وقوع هبه اتفاق افتاده به همین دلیل عقد لازم را قابل رجوع کرده است.

از جمله مواد دیگری که در رابطه با نظریه عدم پیش بینی مورد بحث و بررسی قرار گرفته ماده ۱۸۸۹ قانون در خصوص عقد قرض برای مصرف است، که علی الاصول مورد قرض طبق ماده ۱۸۸۸ تا قبل از انقضاء مهلت و یا در صورت عدم تعیین مدت تا قبل از رفع نیاز مقترض، قابل مطالبه نیست، با وجود این برابر ماده ۱۸۸۹ اگر قبل از فرارسیدن مدت یا رفع نیاز وام گیرنده، وام دهنده بر اثر حادثه غیر قابل پیش بینی، شخصاً به مورد قرض احتیاج پیدا کند، قاضی می تواند با توجه به اوضاع و احوال، مدیون را ملزم به استرداد مورد قرض نماید.

ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی نیز برای تأیید نظریه عدم پیش بینی مورد توجه قرار گرفته است. این ماده مقرر می دارد: در صورت عدم اجرای تعهد، متعهد فقط مسؤول خساراتی است که در قرارداد پیش بینی شده یا می توانسته پیش بینی شود. ممکن است مواد دیگری نیز در قانون مدنی وجود داشته باشد که طرفداران نظریه "Imprévision" به آنها استناد کنند، ولی در این که بتوان از این مواد پراکنده یک قاعده کلی برای پذیرش این تئوری استنتاج کرد، جای بحث و تأمل وجود دارد.

پس از بررسی شرایط تحقق و مبنای نظریه عدم پیش بینی، اکنون رویه قضایی فرانسه را در رابطه با این تئوری مطالعه می کنیم.

۳۷. به شماره ۱۹-۲۰ مجله تحقیقات حقوقی صفحه ۲۰۸ به بعد مراجعه شود.

ج- واکنش رویه قضایی فرانسه در برابر تئوری "Imprévision"

از آنجا که رویه دادگاههای مدنی و شعب دیوان کشور فرانسه با تصمیمات متّخذ از طرف دادگاههای اداری و شورای دولتی متفاوت است، هریک از این رویه‌ها را به طور جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم:

۱. رویه قضایی دادگاههای مدنی و دیوان کشور

دیوان کشور فرانسه رویه خود را در عدم پذیرش تئوری "Imprévision" از اواسط قرن نوزدهم میلادی یعنی حدود یکصد و پنجاه سال پیش تاکنون ثابت نگهداشته است. دگرگونی‌ها و بحرانهای اقتصادی ناشی از دو جنگ جهانی هم نتوانست رویه دیوان کشور را در مورد این تئوری تغییر دهد. استدلال این دادگاه عالی در رد این نظریه بر مبنای ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی است که مقرر داشته: «قراردادهایی که بر طبق قانون منعقد شده، برای طرفین آن در حکم قانون است، و جز با تراضی آنان یا به اجازه قانون قابل فسخ نیست...».

با توجه به این ماده، دیوان کشور معتقد است که قاضی حق ندارد قراردادی را که با توافق طرفین ایجاد شده تغییر دهد؛ در حقیقت باید گفت استدلال دیوان عالی کشور بر اساس احترام به اصل حاکمیت اراده استوار است.

شایان ذکر است که در اوایل قرن نوزدهم برخی از تصمیمات دادگاههای تالی حکایت از پذیرش تئوری عدم پیش بینی داشت؛ و تجدید نظر در قرارداد را بر اساس "Clause Rebus sic statibus" پذیرفته بود؛ به عنوان مثال دادگاه شهرستان روآن "Rouen" در مورد متصدی که، خدمات حمل و نقل بین پاریس - روآن را برای مدت طولانی و با قیمتی ثابت به عهده گرفته بود؛ پذیرفت که با تأسیس راه آهن باید در قرارداد تجدید نظر شود.^{۳۸}

اما دیوان کشور این گرایش را نپذیرفت و در موضوع کانال کارپون "Canal de CARPONN" در رأی مورخ ۶ مارس ۱۸۷۶ که در تاریخ قضایی

38. Roen. g fév 1844, D. 1845, 2. 4. Voy. aussi, Bordeaux, 18 Mai 1852. D. 1853. 2. 105.

فرانسه بسیار مشهور است^{۳۳} هر نوع تجدید نظر در قرارداد بدون توافق طرفین را منتفی دانست. جریان از این قرار است که:

در سال ۱۵۷۶ میلادی آقای کارپون، در یک قرارداد خصوصی متعهد شد با احداث یک کانال آب، باغهای میوه، تاکستانها و سایر املاک اهالی شهر پلیسان "Pellissanne" را آبیاری کند. در قرارداد شرط شده بود که ساکنین و همچنین شورای شهر مبلغی ابتدائاً برای احداث کانال به آقای کارپون بپردازند، سپس برای هر بار آبیاری مبلغ معین و ثابتی به شخص وی و یا وراث او پرداخت نمایند.

ورثه چند نسل بعد از آقای کارپون در سال ۱۸۴۰ (حدود ۲۶۰ سال پس از انعقاد قرارداد) تقاضای تجدید نظر در مبلغ آب بها را نمودند. دادگاه شهرستان اِکس آن پروانس "Aix en Provence" در رأی ۱۸ مارس ۱۸۴۳ درخواست تعدیل را پذیرفت و هزینه آبیاری را افزایش داد و چنین استدلال کرد: قراردادهای طولانی مدت می توانند تغییر کنند، وقتی که بر اثر دگرگونی اوضاع و احوال یک نوع عدم تعادل بین دو عوض ایجاد شود؛ چون از سال ۱۵۷۶ (تاریخ تنظیم قرارداد) افزایش دستمزدها و سایر نرخها امری بدیهی و مسلم است، لذا خواهان در درخواست خود ذی حق تشخیص می گردد.

دادگاه تجدید نظر ضمن تأیید این رأی چنین استدلال کرد: «درست است که قراردادهایی که بر طبق قانون بسته شده باشد، قانون طرفین محسوب است و جز با توافق آنان قابل فسخ نیست (ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی) ولی این امر در عقود طولانی مدت که بر مبنای اقساط معین منعقد شده مصداق ندارد؛ در این گونه قراردادهای قاضی می تواند تعادل اولیه ای را که بین عوضین به هم خورده مجدداً برقرار نماید. چون بین آب بهایی که مالکین املاک می پردازند، با انتفاعی که از آبیاری می برند هیچ تعادل و توازنی وجود ندارد، بنابراین رأی دادگاه شهرستان بر تعدیل آب بها صحیح و خالی از اشکال است و تأیید می گردد».

39. Civ. 6 Mars 1876, I. 193.

*. شهر کوچکی در جنوب فرانسه نزدیک بندر ماریسی.

دیوان کشور به استناد اصل لزوم قراردادها که در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی تصریح شده و یک اصل کلی و عمومی است، که شامل قراردادهای با اجرای طولانی هم می‌شود، رأی صادره را نقض و چنین استدلال کرد: «در هیچ صورتی دادگاهها حق ندارند اوضاع و احوال یا طول مدت زمان را در نظر بگیرند و قراردادی را که به نظر آنها عادلانه نیست تغییر دهند، و یا به جای شروطی که طرفین آزادانه پذیرفته‌اند، شروط جدیدی جایگزین نمایند.»

از این رأی به روشنی برمی‌آید که دیوان عالی اجازه نداده که قاضی تحت هیچ عنوان اعم از در نظر گرفتن اوضاع و احوال، یا اجرای عدالت در عقدی که به طور صحیح واقع شده دخالت نماید.

هرچند رأی کانال کاریون مشهورترین رأیی است که در رابطه با رد تئوری "Imprévision" صادر شده، ولی این راه حل بدون سابقه هم نبوده است. یکی از دادگاههای استان قراردادی را که در زمان صلح، برای نقل و انتقال تجهیزات نظامی بسته شد بود و بر اثر شروع جنگ کریمه، "اجرای تعهدات متعهد بیش از حد تصور پرهزینه گردید، قابل فسخ دانست، ولی دیوان کشور در رأی مورخ ۹ ژانویه ۱۸۵۶ آن را نقض کرد."

به هر حال دیوان کشور فرانسه در طول سالهای متمادی این رویه خود را ثابت نگهداشته، حتی دگرگونی اوضاع و احوال و بحرانهای اقتصادی ناشی از جنگهای جهانی اول و دوم هم تأثیری در این رویه نداشته است؛ و در آرای متعددی که بعد از رأی کانال کاریون، تازمان حاضر صادر کرده به طور جدی بر عقیده خود در عدم پذیرش تئوری مورد بحث پافشاری کرده است، با اشاره به یکی دو نمونه دیگر از این آراء که در زمانهای مختلف صادر شده این مبحث را خاتمه می‌دهیم:

40. CAPITANT (H) Les grands arrêts de La Jurisprudence civile, 9 ème éd., par TERRE (F) et LEQUETTE (Y), N° 29.

۴۱. جنگی بود که بین دولت روسیه از یک طرف و دولتهای عثمانی، فرانسه و انگلیس از طرف دیگر از سال ۱۸۵۴ تا سال ۱۸۵۶ طول کشید.

42. Les grands arrêts. p. 409.

قراردادی برای تهیه و فروش ۵۰۰۰ کیلو کاغذ با کیفیت مشخص و قیمت معین و تحویل در زمانهای مختلف تنظیم شد. فروشنده از ماه سپتامبر ۱۹۱۴ (شروع جنگ جهانی اول) از تحویل کاغذها خودداری کرد و ادعا نمود که، به علت وقوع جنگ نرخها تغییر کرده و باید ۱۵٪ بر قیمت کاغذ افزوده شود، و در صورت عدم موافقت، به لحاظ فورس ماژور (قوه قاهره) قرارداد را فسخ خواهد کرد. دادگاه تجارت ادعای او را با توجه به ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی رد کرد، و استناد به فورس ماژور را هم نپذیرفت، زیرا فورس ماژور وقتی محقق می شود که اجرای تعهد غیر ممکن شود؛ سنگین شدن هزینه قرارداد نمی تواند از مصادیق فورس ماژور باشد^{۴۳} این رأی عیناً در دیوان کشور تأیید گردید.

به طوری که ملاحظه می شود، رویه قضایی دامنه فورس ماژور را به غیر ممکن شدن اجرای تعهد محدود کرده، نه دشوار شدن آن. دیوان کشور در رأی دیگری که در سال ۱۹۸۸ صادر کرد، درخواست تعدیل قراردادی را که بر اثر تغییر قیمت ها توازن مالی آن به هم خورده بود رد کرد.^{۴۴}

۲. رویه دادگاههای اداری فرانسه در قبال تئوری Imprévision

برخلاف رویه دادگاههای مدنی بخصوص دیوان کشور، که در طول سالهای متمادی از پذیرش تجدید نظر در قرارداد به لحاظ وقوع حادثه غیر قابل پیش بینی خودداری کرده اند، دادگاههای اداری و به ویژه شورای دولتی "Conseil d'Etat" از مدتها قبل تئوری imprévision را در قراردادهای اداری پذیرفته اند و تعدیل آن را در جایی که پیمانکار در اجرای تعهداتش بر اثر یک حادثه غیر مترقبه دچار عسرت و تنگدستی می گردد تجویز کرده اند.

دلیل این که دادگاههای اداری تغییر اوضاع و احوال برای تجدید نظر در قرارداد را پذیرفته اند، باید در طبیعت قراردادهای اداری جستجو کرد. می دانیم که

43. Tribunal, Com. Sein, 1915, D. 2. 47.

44. Cass. civ. 31 Mai 1988, Bull. civ. IV. N^o 189, p. 132; RTD. civ. 1989, 17, obs. MESTRE (J).

این قراردادها همیشه متضمن نوعی خدمات عمومی و نفع اجتماعی است و فسخ یا معوق ماندن آنها ممکن است به منافع جامعه لطمه وارد کند؛ در صورتی که در قراردادهای خصوصی نفع شخصی افراد مطرح است و ارتباطی به منافع اجتماعی یا خدمات عمومی ندارد.

شورای دولتی به تدریج قلمرو تئوری *imprévision* را توسعه داده و آن را به اکثر قراردادهای دولتی از جمله قراردادهای تدارکاتی، قراردادهای مربوط به کارهای عمومی و قرارداد حمل و نقل تسری داده است.

بدیهی است که تمام اوصاف و خصوصیات نظریه عدم پیش بینی که در این مقاله بررسی کردیم باید جمع باشد، تا متعهد یک قرارداد دولتی بتواند از امتیازات آن استفاده کند. این شرایط و خصوصیات را می توان از آرای مختلف شورای دولتی به ویژه رأی گاز شهر بردو که مشهورترین رأی در مورد پذیرش تئوری *imprévision* است به وضوح استنتاج کرد. جریان چنین است که به موجب قراردادی که در سال ۱۹۰۴ بین مسئولین شهر بردو و یک شرکت خصوصی منعقد گردید تهیه و تأمین انرژی و گاز این شهر به مدت ۳۰ سال به شرکت مقاطعه کار واگذار گردید. در قرارداد قیمت‌ها دقیقاً تعیین شده، و تغییر آن تحت شرایط خاصی پیش بینی گردیده بود. با شروع جنگ بین الملل اول و به دنبال اشغال قسمتهای مهمی از محل های استخراج ذغال سنگ در اروپای مرکزی به وسیله دشمن، تهیه و استخراج ذغال فوق العاده مشکل شده بود، به علاوه با شروع جنگ دریایی حمل کالاهای از طریق دریا بسیار خطرناک و گران شد. بالا رفتن قیمت ذغال سنگ که ماده اولیه تولید الکتریسیته و گاز بود، سبب افزایش هزینه های این دو نیرو گردید، در نتیجه تبادل اقتصادی در قرارداد تنظیمی شدیداً دگرگون شد. شرکت مقاطعه کار مراتب را به مسئولین شهر اطلاع داد و تقاضای افزایش قیمت‌ها را نمود، شورای شهر از قبول هر نوع توافق بر مبنای اوضاع و احوال جدید خودداری کرد. شورای دولتی در رأی

مشهور خود «معروف به گاز بردو» چنین اظهار نظر کرد:^{۲۵}

«نظر به این که قراردادهای واگذاری امتیاز، علی‌الاصول باید طوری تنظیم شود که تا انقضای تعهدات متقابل دو طرف (واگذارکننده امتیاز و مقاطعه‌کار یا امتیازگیرنده) منجز و قطعی باشد و گیرنده امتیاز ضمن این که تعهدات خود را به طور کامل انجام می‌دهد، عوض و حق الزحمه خود را کاملاً دریافت کند و نظر به این که تغییر قیمت‌های مواد اولیه به لحاظ اوضاع و احوال اقتصادی از جمله احتمالاتی است که در تمام قراردادهای طولانی مدت وجود دارد و ممکن است به سود یا زیان مقاطعه‌کار باشد، و فرض بر این است که هر یک از طرفین در هنگام انعقاد قرارداد این گونه احتمالات و خطرهای ناشی از آن را در نظر می‌گیرند، و دفاع شرکت به این که هرگونه افزایش قیمت ذغال برای او غیر قابل تصور بوده، منطقی و موجه نیست؛ اما نظر به این که وقوع جنگ با چنین ابعادی وضعیت فوق قراردادی ایجاد کرده و ادامه آن ممکن است موجب وقفه در خدمات عمومی گردد، بنابراین شرکت در مطالبه خسارات وارده به خود و تعدیل قرارداد، محق شناخته می‌شود».

شایان ذکر است که شورای دولتی قبل از اتخاذ تصمیم، طرفین را دعوت به سازش کرد، و پیشنهاد نمود که با توافق یکدیگر شرایط جدیدی را جایگزین شرایط سابق نموده، قرارداد را با اوضاع و احوال فعلی منطبق کنند و پس از مخالفت شورای شهر بردو رأی فوق را صادر کرد.

تعارض و تضاد بین رویه دادگاههای مدنی و اداری فرانسه

به طوری که دیدیم موضع دادگاههای مدنی فرانسه با دادگاههای اداری این کشور در برابر تئوری *imprévision* یکسان و یکنواخت نیست، در حالی که

45. C. E., 30 Mars 1916, III, p. 25, et S. Concl. CARDENET R. D. P. 1916, p. 206, et p. 388. Note JEZE.

دادگاههای مدنی هرگونه تجدیدنظر در تعهدات طرفین را به لحاظ حدوث یک واقعه غیر مترقبه در جریان اجرای قرارداد شدیداً نفی می‌کنند، دادگاههای اداری این کشور، تعدیل قرارداد و رفع خسارت از متعهد زیان دیده را، بر اثر تغییر اوضاع و احوال امری کاملاً معقول و منطقی می‌دانند.

مبنای استدلال دادگاههای مدنی در عدم پذیرش تئوری *imprévision*، احترام به اصل لزوم قراردادهاست که به طور صریح در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی بیان شده و به موجب آن هیچکس به جز طرفین عقد و قانونگذار حق تغییر شرایط مندرج در قرارداد و تجدیدنظر در آن را ندارد.

علت و فلسفه ای که دادگاههای اداری را مصمم بر پذیرش تئوری *imprévision* کرده است ضرورت ادامه خدمات عمومی و جلوگیری از توقف در این گونه خدمات است، در صورتی که در یک قرارداد خصوصی این فلسفه به کلی منتفی است و این نوع قراردادها هیچ برخوردی با نفع عمومی ندارد.

برخی از نویسندگان سعی کرده‌اند نقطه مشترکی بین این دو نوع رویه قضایی (دادگاههای مدنی و اداری) بیابند و تعارض بین آنها را برطرف نمایند.^{۴۶} واقعیت این است که قاضی همیشه آرزو دارد که رأی او با عدالت منطبق باشد، اما این واقعیت را هم نباید فراموش کرد، که ثبات قراردادها هم یکی از اصول مهم اجتماعی است؛ پس در تعارض بین عدالت معاوضی که متضمن نفع خصوصی افراد است و ثبات قراردادها که نفع عموم را در بر دارد، قاضی مدنی نفع اجتماعی یعنی ثبات قراردادی را ترجیح داده است.

اما در یک قرارداد اداری در صورت وقوع حادثه غیر قابل پیش بینی ثبات قراردادی با خدمات عمومی در تضاد قرار می‌گیرد، دادگاههای اداری و شورای دولتی، خدمات عمومی را بر ثبات قراردادی برتری داده‌اند. بدین ترتیب هر دو نوع رویه قضایی (هم دادگاههای مدنی و هم اداری) نفع عمومی را تعقیب می‌کنند و

46. LARTIGOLE (J.) Justice commutative et droit positif thèse université de Bordeaux 1975, p. 126.

نقطه مشترک آنها مصلحت جامعه است، النهایه نفع عمومی از دیدگاه رویه قضایی مدنی، ثبات قراردادهاست و از نظر رویه قضایی اداری ادامه خدمات عمومی است. از آنچه تاکنون بحث شد، به طور خلاصه می توان گفت که اصل الزام آور بودن قراردادها بر مبنای اراده مشترک طرفین استوار است، در صورتی که نظریه عدم پیش بینی حادثه ای است که خارج از اراده آنان است.

یکی از نویسندگان در این زمینه می گوید: ^{۴۷} «طرفین قرارداد درباره آنچه که می خواسته اند قبلاً فکر کرده اند، اما آینده، خلاف تصورات و فکر آنها را نشان داده، پس در حقیقت باید گفت چیزی که واقع شده برخلاف خواسته آنهاست و یا لاقلاً توافق مشترکی درباره آن وجود ندارد، و قاضی با دادن ضمانت اجرا به نظریه عدم پیش بینی، چیزی را اجرا می کند که خواست طرفین نبوده است». برعکس، برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که پذیرش تئوری *imprévision* هیچ تجاویز به اراده مشترک طرفین نیست بلکه تفسیر قرارداد برطبق اراده آنان است ^{۴۸} و برای توجیه این نظریه از ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی استفاده می کنند که مقرر داشته:

«در تفسیر قرارداد باید بیشتر به اراده مشترک طرفین توجه کرد تا معنای

ادبی الفاظ».

اینان، دادگاههای مدنی را به علت تجاوز از مقررات این ماده مورد انتقاد قرار داده اند.

در واقع امر، باید گفت که این توجیهات همان شرط ضمنی یا *Clause rebus sic stantibus* است که ما، در بحث در مبنای تئوری عدم پیش بینی به بررسی آن پرداختیم.

یکی دیگر از دلایل مخالفین نظریه عدم پیش بینی این است که، اگر این نظریه پذیرفته شود، در حقیقت قاضی اراده خود را جایگزین اراده طرفین می کند و

47. VOIRIN thèse préc. p. 63.

48. CAPITANT (H.) de la cause des obligations, 3ème éd. Dalloz 1927.

این کاری است که از نظر طرفداران اصل حاکمیت اراده باید شدیداً از آن اجتناب شود.

و بالاخره مخالفین، برای رد این نظریه به قواعد اخلاقی استناد می‌کنند و می‌گویند پذیرش این تئوری راهی است تا مدیون با سوء نیت به سادگی بتواند از زیر بار تعهدات خود شانه خالی کند.

موافقین نیز قبول نظریه عدم پیش بینی را بر مبنای قواعد اخلاقی مذهب مسیح توجیه می‌کنند و معتقدند که اگر قرارداد با اوضاع و احوال جدید منطبق نشود، بی‌عدالتی که در اثر برهم خوردن دو عوض پیش می‌آید خلاف قواعد اخلاقی خواهد بود، به عقیده آنان مبنا و اساس عقود معوض را برابری و انصاف و حقوق طبیعی تشکیل می‌دهد.

ژاک گستن در این زمینه می‌نویسد: «اصل الزام آور بودن قراردادها اصل مفیدی است مشروط بر این که عدالت قراردادی در آن رعایت شده باشد. به نظر می‌رسد که سودمند بودن و عادلانه بودن، باید از اصول اساسی قواعد عمومی قراردادها محسوب گردند».^{۴۹}

د- جایگاه نظریه عدم پیش بینی در حقوق ایران

در قانون مدنی ایران همانند قانون مدنی فرانسه ماده صریحی که نظریه عدم پیش بینی را پذیرفته باشد وجود ندارد. قوانین خاص به مناسبت‌های مختلف، تجدیدنظر در قرارداد را مورد تأیید قرار داده است، که همانطور که قبلاً هم بیان شد، نوعی تعدیل قانونی است و نمی‌توان آن را تعدیل قضایی به حساب آورد. رویه قضایی در کشور ما برخلاف فرانسه تاکنون فرصت موضع‌گیری در برابر این نظریه را نداشته است. رویه قضایی منسجم اعم از مثبت یا منفی در این خصوص وجود ندارد. اساتید حقوق نیز کمتر در این زمینه به بحث و بررسی

49. GHESTIN (J.) article, L'utilité et le justice dans le contrat, D. 1982, p. 7.

پرداخته اند.^{۵۰}

به طور کلی، برای توجیه تئوری عدم پیش بینی در حقوق ایران، دو قاعده بیش از بقیه قواعد می تواند مورد توجه قرار گیرد.

۱. غبن حادث؛

۲. عسر و حرج.

۱. نظریه غبن حادث

این نظریه که توسط استاد دکتر کاتوزیان ارائه شده^{۵۱} چنین توجیه گردیده که غبن برای جلوگیری از ضرری است که در اثر نامتعادل بودن دو عوض به یکی از طرفین وارد می شود. قانون مدنی غبنی را مؤثر دانسته که در هنگام معامله وجود داشته باشد، حال این سؤال مطرح می شود که، اگر در عقود طولانی مدت پس از انجام معامله غبن حادث شود آیا زیان دیده حق فسخ آن را خواهد داشت؟ پاسخ به این سؤال بستگی به تعیین و تشخیص مبنای غبن دارد، اگر مبنای آن عیب اراده باشد، پاسخ بدون تردید منفی است. زیرا همین که اراده در هنگام عقد عاری از عیب بوده، عیوب حادث شده بعدی نمی تواند در عقدی که صحیحاً واقع شده اثری داشته باشد، ولی اگر مبنای غبن شرط ضمنی و یا جلوگیری از ضرر نامتعادل بودن دو عوض باشد، دشواری در این است که آیا می توان گفت شرط ضمنی یا لزوم جلوگیری از ضرر تا هنگام اجرای کامل قرارداد همچنان اعتبار دارد؟ پس از بحث و بررسی غبن حادث در فقه و بیان نظرات موافق و مخالف چنین نتیجه گرفته اند که از ملاک قاعده غبن که لاضرر است، باید از این بی عدالتی که در جریان اجرای قرارداد به وجود می آید جلوگیری کرد.^{۵۲}

۵۰. استاد دکتر ناصر کاتوزیان در جلد سوم قواعد عمومی قراردادها از صفحه ۸۱ به بعد، در مورد تعدیل قضایی بحث نسبتاً مبسوطی نموده اند.

۵۱. دکتر کاتوزیان، ناصر؛ همان منبع، ص ۹۹.

۵۲. دکتر کاتوزیان، ناصر؛ همان منبع، صفحه ۱۰۰ به بعد.

در خصوص ضمانت اجرای غبن حادث هم، با توجه به روح قوانین ما و جمع بین عدالت و حاکمیت اراده، فسخ قرارداد را بر تعدیل آن ترجیح داده‌اند و اضافه کرده‌اند که فسخ قرارداد از لحاظ عملی هم با دشواری کمتری رو بروست. این نظر از دو جهت می‌تواند مورد تردید قرار گیرد:

اول این که، غبن از قواعد عمومی معاملات نیست تا مورد تفسیر وسیع قرار گیرد. اصل در معاملات لزوم است (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) فسخ عقد به علت وجود خیار یا هر علت دیگری استثناء بر این اصل است و باید به طور محدود تفسیر شود و به قدر متیقن اکتفا گردد. چون قانون مدنی و منبع تهیه و تدوین آن که فقه امامیه است، غبن را در هنگام معامله معتبر دانسته‌اند، مشکل است بتوان از ملاک آن استفاده کرد و به بعد از انجام معامله هم تسری داد.

دوم این که، اثر نظریه عدم پیش بینی تعدیل قرارداد است حال آن که اثر غبن حادث فسخ عقد است.

۲. عسرو حرج

نظریه دیگری که می‌تواند در مقابل غبن حادث مبنای توجیه و پذیرش تئوری عدم پیش بینی قرار گیرد قاعده نفی عسرو حرج است. این قاعده یکی از قواعد مهم فقهی است که فقها آن را از سه جنبه مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند.^۳

جنبه اول - دلیل حجیت قاعده:

جنبه دوم - مفاد و مضمون آن:

جنبه سوم - موارد و مصادیق این قاعده.

در مورد جنبه اول و در اثبات وجود این قاعده، هم دلیل نقلی و هم دلیل عقلی، به قدر کافی وجود دارد؛ از جمله دلایل نقلی می‌توان آیات زیر را بیان کرد:

ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (سوره حج، آیه ۷۷)

لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا أَلَّا وُسْعَهَا (سوره بقره، آیه ۲۸۶)

۳. ۵۳. البجنوردی، سید میرزا حسن؛ القواعد الفقهیه، جلد اول، صفحه ۲۰۹ به بعد.

یرید الله بکم الیسر ولا یرید بکم العسر (سوره بقره، آیه ۱۸۱)
 ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج (سوره مائده، آیه ۹)
 این آیات به طور وضوح دلالت دارد که پروردگار بزرگ در دین اسلام حکم
 حرجی وضع نکرده است.

دلیل عقلی وجود این قاعده این است که حکم حرجی، حکم فوق طاق
 است و حکم فوق طاق قبیح می باشد و از شارع مقدس کار قبیح محال است،
 محال عقلی در حکم ممنوع است و آنچه که عقلاً ممنوع باشد، شرعاً هم ممنوع
 است. (الممنوع عقلاً کالممنوع شرعاً)

در مورد جنبه دوم در این که مفاد قاعده نفی حکم حرجی است هیچ اختلافی
 وجود ندارد، خواه آن حکم تکلیفی باشد یا وضعی؛ زیرا آیه «ما جعل علیکم
 فی الدین من حرج» به صراحت دلالت دارد که شارع حکم حرجی وضع نکرده است،
 برخلاف قاعده لاضرر که این بحث وجود دارد که آیا مفاد قاعده نفی ضرر است یا
 نفی حکم ضرری، در قاعده عسر و حرج هیچ تردیدی در نفی حکم حرجی وجود
 ندارد.

در خصوص جنبه سوم باید گفت موارد قاعده نفی حرج به قدری زیاد است
 که نمی توان آنها را برشمرد، تمام واجبات و محرمات اعم از عبادات و معاملات
 می توانند از مصادیق احکام حرجی قرار گیرند؛ بنابراین در موردی که اجرای یک
 تکلیف یا دشواری بیش از حد مواجه شود آن تکلیف برطرف می گردد.

در قوانین موضوعه، اصطلاح عسر و حرج اولین بار در اصلاحی سال ۱۳۶۱
 قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ به کار رفت؛ این ماده مقرر داشته: «در مورد زیر زن
 می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید در صورتی که برای محکمه
 ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می تواند برای جلوگیری از
 ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم
 شرع طلاق داده می شود».

می‌دانیم که از لحاظ مقررات شرعی و قانون مدنی، طلاق در اختیار مرد است؛ ماده ۱۱۳۳ مقرر داشته: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». و اصولاً طلاق به درخواست زن پذیرفته نیست، ولی اگر دوام زوجیت برای زوجه موجب عسر و حرج گردد قاضی می‌تواند شوهر را اجبار به طلاق کند. همین‌طور در اجاره، مطابق ماده ۴۹۴ قانون به محض انقضای مدت، عقد اجاره برطرف می‌شود و مستأجر مکلف است عین مستأجره را تخلیه و تحویل موجر دهد، لیکن در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ مقرر شده که اگر تخلیه عین مستأجره موجب عسر و حرج مستأجر گردد، دادگاه می‌تواند برای او مهلتی قرار دهد.

وقتی که قانونگذار در مورد طلاق و تخلیه عین مستأجره، عسر و حرج را صراحتاً پذیرفته، موردی ندارد که آن را در بقیه موارد منتفی بدانیم. به هر حال با رویه قضایی است که با اتخاذ ملاک از این مواد، قاعده عسر و حرج را در مورد سایر تعهدات نیز اجرا کند.