

عوامل رافع یا تعدیل کننده مسئولیت در خسارت قراردادی در حقوق تجارت بین الملل

دکتر سید حسین صفایی^۱

دکتر علی قره باغی^۲

چکیده

بطور کلی در بحث جبران خسارات اعم از خسارتهای قراردادی و غیر قراردادی همواره بحث معافیت از مسئولیت و یا تعدیل در این نوع مسئولیتها مطرح میشود. در خسارتهایی که توسط طرفین قرارداد در قرارداد تعیین میگردد نیز این سوال همواره مطرح است که آیا در مواردی از قبیل فورس ماژور، تحریم، اعتصاب، که از مصادیق فورس ماژور محسوب میگردد، هاردشیپ و عسر و حرج که در مواردی باعث معافیت از مسئولیت قراردادی و در مواردی باعث تعدیل در میزان مسئولیت است، تاثیر یکسانی دارد یا اینکه بدلیل تعیین خسارت در قرارداد در هر صورت این نوع خسارت قابل جبران خواهد بود. در این مقاله به بررسی این موضوع که موارد معافیت از مسئولیت از قبیل فورس ماژور، تحریم، اعتصاب، آیا باعث رفع مسئولیت به جبران خسارت قراردادی میشود و هارد شیپ و عسر و حرج باعث تعدیل در میزان خسارت تعیینی می گردد، می پردازیم.

واژگان کلیدی: فورس ماژور، اعتصاب، تحریم، هاردشیپ و عسر و حرج، تعدیل تعهد.

۱- استاد دانشگاه، تهران گروه حقوق، تهران، ایران، تهران.

۲- عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بنباب، ایران، بنباب.

مقدمه:

گاه پیش می آید که شخص متعهد خواهان اجرای مفاد قرارداد است و تمام تمهیدات لازم و مقدمات لازم را برای انجام و اجرای تعهد خویش فراهم می سازد ولی بنا به عللی که از اراده او خارج است تعهد ناقص اجرا شده و یا اجرا نمی شود. اینجاست که بحثی تحت عنوان عوامل رافع مسئولیت و معافیت از مسئولیت نزد حقوقدانان مطرح می گردد. این نوع حوادث در حقوق خارجی تحت عناوینی از قبیل *Act of God, Force Majeure, Frustration*، و مانند اینها مطرح می شود در چه مواردی متعهد جبران خسارت قراردادی ممکن است از مسئولیت جبران خسارت معاف و یا میزان مسئولیت وی تعدیل گردد. سوالی که در اینجا مطرح می گردد تاثیر این تعدیل یا معافیت در خسارت تعیینی در قرارداد است که معمولاً بعنوان ضمانت اجرا عمل میکند است بر این اساس در این مقاله به عناوین معاف کننده مسوولیت از قبیل فورس ماژور، اعتصاب و تحریم که از مصادیق فورس ماژور و به موارد تعدیل کننده قرارداد همانند هاردشیپ یا عسر و حرج و تاثیر آن بر خسارت تعیینی در قرارداد خواهیم پرداخت. در این راستا به مقایسه تعدیلی که بموجب هاردشیپ در قرارداد ایجاد میشود با تبدیل تعهد میپردازیم تا به این نتیجه برسیم که اگر تعدیل قرارداد تبدیل تعهد به حساب آید باعث از بین رفتن تضمینات تعهد یعنی خسارت تعیینی خواهد گردید.

در این مقاله سعی در پاسخگویی به این مباحث گردیده است امید است که مورد استفاده خوانندگان واقع گردد و در صورت داشتن هر گونه اظهار نظر علمی نویسنده مشتاق دریافت نظرات می باشد.

۱- فورس ماژور

فورس ماژور که در فارسی به قوه قاهره یا قوه قهریه ترجمه شده اصطلاحی است که از حقوق فرانسه گرفته شده است که ظاهراً در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) بکار رفته و سپس در دیگر کشورها همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده است و در حقوق بین المللی نیز همین اصطلاح رایج شده است. در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنای عام و خاص است. در معنای عام هر حادثه ای خارجی (خارج از اختیار و متعهد) اعم از حوادث طبیعی و حتی عمل شخص ثالث و عمل متعهد نیز اطلاق می شود ولی در معنای خاص فقط به نیروهای طبیعی و غیرقابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب گفته می شود. در حقوق کامن لا اصطلاح فورس ماژور معمولاً بکار نمی رود ولی مسائل و موارد فورس ماژور تحت عنوان انتفای قرارداد یا عدم امکان مطرح می گردد که با فورس ماژور متفاوتند و قلمروی وسیع تر از آن دارند ولی نتایجی که با آن یافته می شود مشابه نتایج حاصل از فورس ماژور است.

در حقوق بین الملل نیز به عنوان یک اصل کلی حقوق مشترک بین ملل متمدن معرفی گردیده است. کنوانسیون بیع بین المللی CISG در ماده ۷۹ خود به بحث شرایط معافیت از مسئولیت پرداخته است و چنین مقرر میدارد: «۱- طرفی که یکی از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا بواسطه حادثه ای خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد، آن حادثه را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد؛ مسئول نخواهد بود...»

روشی که کنوانسیون در زمینه حوادث غیرمترقبه اتخاذ نموده این است که رویه واحدی را در تجارت بین الملل ایجاد نماید و به این دلیل به نظر برخی از اساتید باید در تصمیم گیری ها و اظهارنظرهایی که در مورد معاملات بیع بین المللی صورت می گیرد و در حد امکان از توسل به مقررات داخلی کشورها که ممکن است رویه ای مغایر با کنوانسیون در پی گرفته باشند اجتناب کرد تا مانع از تعدد و تفرق آراء و رویه ها شد. البته این امر تا زمانی که با نگاهی تطبیقی به مقررات کنوانسیون نگریسته شود و در پی یافتن راه حلی از حقوق داخلی برای رفع اختلاف مطروحه باشد بروز نخواهد کرد.

در اصول اروپایی نیز در ماده ۸-۱۰۸ به این موضوع تحت عنوان عذر موجه پرداخته شد. که مقرر می دارد:

- ۱- در صورتی عدم اجرای طرف قرارداد موجه تلقی می شود که طرف مزبور ثابت نماید، عدم اجرا به سبب مانعی خارج از کنترل وی بوده و در زمان انعقاد قرارداد به صورت معقول نمی توان انتظار داشت که مانع مزبور را در نظر گرفته یا از آن مانع و یا نتایج آن، اجتناب نموده یا بر آنها غلبه نماید.
- ۲- در مواردی که مانع صرفاً موقتی است، عذر مقرر در این ماده برای طول دوره ای که مانع وجود دارد مؤثر است. با این وجود چنانچه تأخیر به حد عدم اجرای اساسی برسد متعهد له می تواند تأخیر را اساسی تلقی کند...»

در اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی نیز به قوه قاهره (فورس ماژور) پرداخته شده است و ماده ۷-۱-۷ این اصول چنین مقرر می دارد:

- ۱- «هرگاه یک طرف ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه مانعی خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد، آن مانع را ملحوظ داشته یا از آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد؛ مسئول نخواهد بود.
- ۲- هرگاه مانع موقت باشد، عذر و رفع مسئولیت با توجه به آثار مانع نسبت به اجرای قرارداد در دوره مزبور مؤثر است...»

با بررسی هرسه این قوانین معلوم می شود که بند یک هر سه آنها به یک موضوع اشاره دارد و آن اینکه مانعی در اجرای تعهد وجود داشته که به سرانجام نرسیده است و درعین حال خارج از کنترل و دفع متعهد بوده است یعنی اولین شرط از شرایط برای تحقق فورس ماژور غیرقابل دفع و اجتناب بودن است و در تفسیر این که چه چیز می تواند مانع باشد، حقوق دانان قائل به این هستند که این مانع هم می تواند شامل موانع و بلائای طبیعی از قبیل سیل و زلزله و آتشفشان و غیره باشد و هم اینکه فعل اشخاص ثالث که باز به عنوان مانعی در سر راه اجرای تعهد به وجود آید، یا حتی موانع حکومتی و محدودیت های ناشی از آن و وضع برخی قوانین که مانع از اجرای تعهد به وسیله متعهد می شود را نیز شامل می شود البته به شرطی که در زمان انعقاد قرارداد وجود نداشته و طرفین از آن اطلاعی نداشته باشند وگرنه در صورتی که متعهد مطلع از آن قوانین بوده و بعداً مدعی مانع شدن از اجرای تعهد گردد ادعای او مسموع نخواهد بود. و در احراز اینکه چه مانعی خارج از اختیار و کنترل متعهد بوده و سبب عدم اجرای قرارداد شده نیز به راحتی این امر ممکن نبوده و طرفی که مدعی عدم امکان اجرای قرارداد است باید ثابت نماید که:

۱) این مانع خارج از کنترل وی بوده

۲) دیگر اینکه به طور متعارف این نوع پیشامد نمی توانسته از ابتدا و در زمان عقد قرارداد پیش بینی شده باشد و آخر اینکه

۳) امکان جلوگیری از وقوع آن مانع و یا تداوم وقوع آن و یا رفع اثر آن نیز وجود نداشته است.

فورس ماژور طی سند بین المللی که در سازمان ملل متحد به ثبت رسیده است مورد پذیرش قرار گرفته و مقرر داشته «دفاع یا ایراد فورس ماژور یک علت موجه (رافع مسئولیت)، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین الملل است» و حتی در حقوق بین الملل عمومی نیز در آرای دیوان دائمی داوری در رای ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ در پرونده غرامت روسیه پذیرفته شده است که ممکن است این ایراد فورس ماژور در حقوق بین الملل عمومی نیز مطرح شود و آن را به عنوان یک اصل کلی حقوقی شناخته اند که در صورت عدم امکان اجرای تعهد به علت فورس ماژور متعهد از هر مسئولیتی معاف است

بنابراین یکی از شرایطی که فورس ماژور باید داشته باشد این است که حادثه و مانع غیرقابل دفع از سوی متعهد باشد که این امر در حقوق داخلی کشورها از قبیل فرانسه در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی مقرر شده است: «هرگاه در اثر قوه قاهره یا در نتایج حادثه غیرمترقبه متعهد نتواند تعهد خود را انجام دهد یا اقدام به امری که برای او ممنوع بوده کرده باشد هیچ خسارتی، پرداخت نخواهد شد»: در حقوق ایران نیز در ماده ۲۲۹ قانون

مدنی بدین امر اشاره گردیده که بیان می‌دارد: «اگر متعهد بواسطه حادثه ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تادیه خسارت نخواهد بود.»

به نظر برخی منظور از عدم امکان در این باب، عدم امکان مطلق است نه نسبی و شخصی، باید برای همه این امر باعث عدم امکان باشد نه برای شخص متعهد. در فرانسه و امریکا برخلاف حقوق آلمان این نظر پذیرفته شده است و سازمان ملل نیز موافق با عدم امکان مطلق است.

در تفسیر شرط غیرقابل دفع بودن این نکته نیز لازم به ذکر است که صرف غیرقابل دفع بودن کفایت نمی‌کند بلکه متعهد نیز باید به نوبه خود تلاش نماید تا آنرا دفع نماید و به نظر حقوقدانان در غیر این صورت متعهد مسئول خواهد بود. مثالی که در این زمینه ذکر کرده اند چنین است: ممکن است سیل مانع از اجرای تعهد متصدی حمل و نقل گردد ولی در صورتیکه متعهد قدرت برگرداندن آن و باز کردن راه و اجرای تعهد را داشته باشد در این صورت حادثه قوه قاهره تلقی نخواهد شد و در نتیجه مسئولیت وی باقی خواهد ماند یا در مثال دیگری چنین بیان می‌کنند که اگر صاحب کارخانه بتواند از اعتصاب جلوگیری کند ولی در انجام این کار کوتاهی کند و در نتیجه کارخانه تعطیل شود و متعهد نتواند تعهدات قراردادی خود را انجام دهد از مسئولیت معاف نخواهد شد.

دومین شرطی که قوه قاهره بایستی حائز آن باشد تا از اسباب معافیت از مسئولیت به شمار آید غیرقابل پیش بینی بودن حادثه است. براساس اصول اروپایی مانع بایستی به نحوی باشد که در زمان انعقاد قرارداد نتوان آن را مد نظر قرار داد و در صورتی که مانع قابل پیش بینی باشد می‌توان گفت که طرفین، خطر ناشی از آن مانع را پذیرفته اند و یا خطر ناشی از آن به عهده طرفی است که در پیش بینی مرتکب تقصیر شده است.

در خصوص قابلیت پیش بینی حادثه اولاً برای شخص مدیون در نظر گرفته می‌شود و به نظر برخی اگر مدیون اجرای تعهد را با توجه به تمام خطرهای احتمالی آن به عهده بگیرد دیگر نمی‌تواند به بهانه پیش آمدی که از آغاز نیز وقوع آن را پیش بینی کرده است از جبران زیان طلبکار خودداری کند. و باز به نظر ایشان اگر مدیون نتواند پیش بینی کند ولی دلیل آن کمی معلومات و یا بی‌مبالاتی مدیون باشد باعث معاف شدن مدیون از جبران ضرر نمی‌شود.

با توجه به نظر علمای حقوق هم معیار نوعی و هم معیار شخصی برای قابلیت پیش بینی مطرح و مورد قبول واقع شده ولی با توجه به این که در معیار شخصی اثبات اینکه شخص حادثه را پیش بینی کرده دشوار است و بهتر است که معیار نوعی قابلیت در پیش بینی مورد قبول واقع شود تا به راحتی مدیون متخلف از این طریق نتواند از زیر بار مسئولیت رهایی یابد. این نظر با اصول اروپایی، کنوانسیون بیع بین الملل و اصول اونیدرو نیز

موافق است بدین ترتیب که با ملاحظه مواد مربوط به قوه قاهره از عبارت عدم انتظار عرفی برای پیش بینی استفاده گردیده است که نظر صحیح تر نیز همین معیار عرفی خواهد بود.

سومین شرطی که برای قوه قاهره شناسایی کرده اند خارجی بودن آن است یعنی اینکه خارج از حیطه اختیار متعهد باشد در حقوق داخلی ایران در ماده ۲۲۷ قانون مدنی چنین مقرر میدارد «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تادیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام بواسطه علت خارجی بوده است که نمی توان مربوط به او نمود». به علت خارجی بودن قوه قاهره اشاره می نماید که باعث سلب مسئولیت از متعهد و معافیت وی می گردد و در بحث خارجی بودن برخی چنین نظر دارند که نه منتسب به خود شخص و نه به اشیاء یا اشخاص تحت کنترل او باشد و اگر به یکی از اینها منتسب باشد حادثه مزبور خارجی تلقی نخواهد شد.

خارجی بودن علت به نظر برخی اگر از سوی طلبکار یا شخص ثالثی که مسئولیت اعمال او با مدیون نیست مانع از انجام تعهد گردد باید علت را خارجی دانست مثل تلف کالا در حمل و نقل بواسطه خرابی در دسته بندی، متصدی حمل مسئولیتی نخواهد داشت.

بطور کلی فورس ماژور در بحث مسئولیت به نظر حقوقدانان و با توجه به مواد قانونی که از اسناد بین المللی و حقوق داخلی مورد بررسی قرار گرفت باعث معافیت متعهد از مسئولیت می گردد و در بحث حاضر که اگر در قرارداد خسارتی برای عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد بوسیله طرفین تعیین گردیده باشد نیز با توجه به عام بودن حکم، به نظر مشمول همین قاعده خواهد بود بدین ترتیب اگر متعهدی که برای هر روز تأخیر یا عدم انجام تعهد به طور کلی ضرر زیان خاصی معین کرده باشد، در صورتیکه مانع قوه قاهره با توجه به شرایطی که بیان شد، باعث عدم انجام یا تأخیر در انجام تعهد گردد، متعهد مکلف به پرداخت خسارت قراردادی به متعهد نخواهد بود چراکه از هیچ کس نمی توان کار غیر مقدور خواست. در لحظه تعیین خسارت در قرارداد نیز طرفین و علی الخصوص مدیون و متعهد نظر بر این نداشته که حتی اگر قوه قاهره مانع از انجام تعهد گردد باز این خسارت قراردادی را بپردازد مگر اینکه استثناً قائل شویم و بگوئیم در صورتیکه طرفین شرط قوه قاهره را نیز لحاظ کرده باشند و در هر صورت متعهد را ملزم به پرداخت خسارت قراردادی بدانند در این صورت خسارت قابل پرداخت باشد. که این نظر مورد قبول برخی از حقوقدانان نیز واقع شده است.

غیر از این مورد که قوه قاهره تاثیری در معافیت متعهد ندارد موارد دیگری را نیز بدان اضافه نموده اند از جمله: اگر اجرای تعهد قبل از فورس ماژور از متعهد خواسته شده باشد و وی تعهد را انجام نداده باشد، اگر نسبت به برخی از قسمتهای تعهد فورس ماژور شامل شود مابقی تعهد پابرجاست، اگر فورس ماژور و عمل

متعهد هر دو به عنوان سبب عدم انجام تعهد شناخته شود متعهد به نظر برخی به میزان سهم خود مسئول بوده و به نظر برخی صرفاً متعهد مسئول خواهد بود و یا در صورتیکه بکلی فورس ماژور ناشی از عمل خود متعهد بوده باشد خود وی مسئول خواهد بود. در رای دیوان داوری ایران و ایالات متحده در رای شماره ۲-۴۹ مورخه مرداد ۱۳۶۲ چنین بیان شده که «در آنجاییکه قرارداد به علت فورس ماژور اجرا نشده یا در اجرای آن تأخیر روی داده باشد، متعهد نمی تواند بدین سبب مطالبه خسارت نماید». که براساس این رأی خسارت قراردادی نیز همانگونه که فوقاً مذکور افتاد قابلیت مطالبه از متعهد را نخواهد داشت.

درج شرط فورس ماژور در قراردادها در سطح بین المللی بسیار رایج است و درج این شرط از سوی طرفین باعث می شود که خود را در مقابل حوادث غیرقابل پیش بینی مصون نمایند بدین جهت که دادگاهها را به شرایط تصریح شده در قرار داد معطوف می نمایند و باید مورد حمایت آنها قرار گیرد و باعث می شود قراردادهایی که صریح و کامل باشند، قضات را از تحمیل مقررات مغایر با قرارداد منع کند.

نقش شرط فورس ماژور در قرارداد های جاری بین المللی مهمتر از حقوق داخلی است چرا که طرفین معمولاً از دو کشور مختلف و تابع نظامهای حقوقی مختلف می باشند، فاصله مکانی بین طرفین عامل مهمی در این زمینه به حساب می آید چرا که موانع زیادی از جمله جنگ، دخالت دولتها، تورم و ... را مطرح می کند که مانع اجرای قرارداد می شوند. مضاف بر آن در سطح بین المللی به علت وجود نظامهای حقوقی متفاوت مشکلات دیگری نیز در این زمینه بوجود می آید چراکه ممکن است در برخی کشورها عبارت فورس ماژور به معنای دیگری در کشور خارجی مطرح شود. بدین ترتیب قبل از درج شرط فورس ماژور در قرارداد بین المللی این نکات به نظر برخی باید در نظر گرفته شود:

۱- توجه به قوانین آمره: اینکه شرط مزبور با قوانین آمره کشوری که حاکم بر قرارداد است تعارض پیدا نکند. در برخی از نظامها مثل هندوستان به طرفین اجازه درج مقرراتی را که طرفین در خصوص شرط فورس ماژور توافق کنند نمی دهند.

۲- توجه به عامل سیاسی و اقتصادی: قبل از درج شرط مزبور شرایط اقتصادی و سیاسی کشوری که قرارداد در آنجا اجرا می شود بررسی شود مثل ثبات حکومت، نرخ تورم و مقرراتی که ممکن است در اجرای قرارداد تأثیر بگذارد، باشد

این نکته نیز لازم به ذکر است که اگر شرط فورس ماژور در قرارداد منشأ دعوی وجود نداشته باشد باز هم استناد به این نظریه امکان پذیر است ولی در این صورت باید قواعد فورس ماژور در حقوق حاکم بر قرارداد مورد مطالعه قرار گیرد و با توجه به خصوصیات پرونده و جوانب امر، بدان استناد گردد.

۲- اعتصاب:

در حقوق فرانسه بموجب آرای قضایی، اعتصاب از موارد فورس ماژور شناخته شده است به شرط اینکه اولاً تا حدی عمومیت داشته باشد، ثانیاً ناگهانی و پیش بینی نشده باشد، ثالثاً از تقصیر صاحب موسسه نباشد. ولی برخلاف حقوق فرانسه، در حقوق آمریکا معمولاً اعتصاب باعث معافیت از مسئولیت تلقی نگردیده است که به نظر برخی از حقوقدانان داخلی منظور اعتصابهایی است که عمومیت نداشته و اجرای قرارداد با وجود این اعتصاب ممکن باشد و مثالی که در این خصوص ذکر کرده اند چنین است که اگر کارگران اعتصاب کنند کارفرما باید اشخاص دیگری را فراهم آورد یا با برآوردن در خواسته‌های اعتصابگران آنان را به کار بازگرداند و منظور از آن عمومیت داشتن اعتصاب جهت نفوذ حقوقی و منتج به معافیت از مسئولیت است.

در رای شماره ۲- ۴۹- ۲۴ مورخ ۵ مرداد ۱۳۶۲ صادره از دادگاه داوری دعاوی ایران- ایالت متحده آمریکا در دعاوی «گولد مارکتینگ اینکورپوریتید» چنین رای صادر شد: تا دسامبر ۱۹۷۸ اعتصابات، اغتشاشات و سایر کشمکشهای داخلی در جریان انقلاب اسلامی، لاقلاً در شهرهای بزرگ ایران، شرایط کلاسیک فورس ماژور را بوجود آورده بود. منظور ما از فورس ماژور عبارت از نیروهای اجتماعی و اقتصادی است که از قدرت کنترل دولت با اعمال مجاهدت لازم، خارج است. بنابراین خساراتی که در اثر به کار افتادن این نیروها ایجاد می شود، قابل انتصاب به دولت به منظور پاسخگویی به خسارت نیست. به همین ترتیب، همانطوری که بین اشخاص خصوصی صادق است. یک طرف نمی تواند بابت خسارت ناشی از تاخیر یا توقف در انجام کار به وجود چنین شرایطی به قصور طرف خوانده قابل انتصاب باشد. لذا در نبود دلایلی دایر بر اینکه **دولت راساً مسئول** ادامه آن شرایط (فورس ماژور) تا تاریخ فوق بوده، تعلیق تعهدات انجام کار به تاریخ پرداخت در ماه ژوئن ۱۹۷۹ باید ناشی از همان شرایط فورس ماژوری تلقی گردد که موجب شده نمایندگان محلی (هوفمن) ایران را ترک کنند بنابراین دیوان داوری چنین نتیجه می گیرد که تا اواسط تابستان ۱۹۷۹ که ادامه وجود شرایط فورس ماژور تبدیل به فسخ قرارداد بین هوفمن و وزارت دفاع شده بود، اساساً انجام کار غیرممکن شده بود.

برخی، از شرایط تاثیر اعتصاب بر مسئولیت متصدی حمل و نقل هوایی بیان داشته اند که می باید تمام شرایط فورس ماژور را داشته باشد بنابراین اگر تقصیر متصدی در برانگیختن اعتصاب کارکنان موثر بوده و درخواست آنان نیز مشروع باشد نمی توان گفت حادثه خارجی بوده است، همچنین باید ناگهانی باشد. در هر حال اعصاب باید چنان ناگهانی باشد که متصدی امکان جایگزینی پرواز نداشته باشد و امکان اجرای قرارداد را ناممکن سازد. در خصوص اینکه اعتصاب چه تأثیری بر مطالبه خسارت قراردادی خواهد داشت، باتوجه به مطالب بیان شده اعتصاب نیز به نوعی از موارد فورس ماژور تلقی می گردد و در این صورت همان آثاری که در فورس ماژور بر

خسارت قراردادی داشت در اعتصاب نیز جاری خواهد بود که بدلیل بحث شدن در جای خود از اطاله کلام پرهیز می گردد.

۳- تحریم:

دیدگاه های مختلفی از تحریم توسط علما ارائه گردیده است برخی آنرا چنین بیان داشته اند: در حقوق بین الملل وسایلی هستند که از طریق اقدامات دسته جمعی دولت ها برای تضمین قواعد و مقررات حقوق بین الملل به کار می رود، که ممکن است از آرای توبیخ آمیز و انتقادی دولت ها در سازمان های بین المللی علیه دولت دیگر آغاز شود و به تحریم اقتصادی و یا استفاده از نیروی نظامی ختم گردد. برخی نیز تحریم را چنین بیان کرده اند: اقدامی سازمان یافته از برقراری روابط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی یا نظامی یک دولت یا گروهی خاص از دولت ها برای تنبیه یا ایجاد رفتار مورد قبول. با وجود این کاربرد آن بیشتر در روابط اقتصادی بین المللی رایج است و حسب مورد خرید یا فروش کالاها یا خدمات تولیدی یا مورد تقاضای یک دولت خاص از او دریغ می شود.

انواع تحریم ها ممکن است از جنبه هدف به دو دسته استراتژیک و تغییر رفتار تقسیم شود از جنبه مخاطب ممکن است یک جانبه، چند جانبه و سازمان ملل تقسیم شود و از لحاظ روش تحریم به تحریم اولیه و ثانویه در حقوق بین الملل تقسیم می شود.

اثراتی که تحریم می تواند در قراردادهای بازرگانی بین المللی داشته باشد:

- ۱- اینکه باعث افزایش هزینه برای طرفین قرارداد می گردد در شرایطی که به دلیل تحریم بازار خرید تغییر کند، ناچار کالای مشابه با قیمت بالاتر خریداری می شود، بنابراین قدرت خرید پول هم کاهش می یابد.
- ۲- تاثیر در طولانی شدن اجرای پروژه ها دارد و قیمت تمام شده محصولات بالا می رود و تا پول کالاها پرداخت نشود کالاها ارسال نمی گردد و خدمات ارائه نمی شود در این صورت ممکن است به دلیل عدم پرداخت به موقع قیمت کالاها به موجب تحریم، زمان اجرای پروژه ها طولانی شود.
- ۳- کاهش کیفیت کار و خدمات: به دلیل تحریم ها کنترل کیفیت را نمی توان طبق رویه های فنی و مورد تأیید استاندارد های مورد پذیرش مدیر پروژه به انجام رساند، بنابراین به دلیل عدم وجود نظارت و کنترل کیفی کالاها و عدم کنترل پروسه مرتبط، حمل و نقل کالاها و خدمات از استاندارد مطلوب برخوردار نبوده و باعث کاهش کیفیت آن می شود.

۴- امکان عدم حصول کمیت های ناشی از کار، به دلیل تحریم ها، کالاهای مورد نیاز را نمی توان از فروشنده مورد نیاز خریداری نمود بنابراین نیاز به جایگزین کردن کالاها دارد. و مجبور به تغییر مشخصات فنی به دلیل تغییر کمی هستیم و باید هدف کار را تغییر دهیم.

۵- عدم تحقق اهداف پروژه قرارداد، و در این صورت ماهیت قرارداد زیر سوال می رود. باید ریسک ها را مدیریت نماییم و وارد مدیریت ریسک و مباحث مرتبط با آن شویم و یا منجر به خاتمه و یا فسخ قرارداد شویم.

به طور کلی اگر تحریم به مثابه فورس ماژور در قرارداد تاثیر گذار باشد که همان آثار فورس ماژور بر قرارداد حاصل خواهد بود که در نهایت باعث تعلیق، فسخ یا انفساخ قرارداد خواهد شد و خسارت قراردادی نیز به دلیل تابع بودن و شرط بودن در قرارداد به تبعیت از اصل قرارداد از بین می رود ولی در صورتیکه تحریم فورس ماژور محسوب نگردد طرفین مکلف به انجام تعهدات خود هستند و در صورت عدم انجام تعهدات متعهد ملزم به جبران و پرداخت خسارت قراردادی تعیین شده خواهد بود ولی در صورتی که تحریم هر چند از مصادیق فورس ماژور محسوب نگردد ولی از موارد مربوط به هاردشیپ باشد تفاوتی نمی کند که تغییر اوضاع و احوال بر چه مبنایی بوده باشد که در این صورت احکام هاردشیپ همان گونه که گذشت بر قراردادی که تحریم اثر گذار بوده، بار خواهد شد.

۴- هاردشیپ و عسر و حرج:

در اجرای تعهدات قراردادی بویژه قراردادهای مستمر و طولانی مدت شرایط اوضاع و احوالی پدیدار می شود که اجرای تعهدات قراردادی را دشوار و پر هزینه می گرداند. در این قراردادها به لحاظ فاصله زمانی بین انعقاد و اجرای قرارداد ممکن است به علت تحولات اقتصادی یا بحران های سیاسی تغییراتی در شرایط قراردادی ایجاد و با اختلال در تعادل و توازن قراردادی، اجرای تعهد قراردادی در شرایط جدید برای متعهد دشوار و پرهزینه گردد.

در قراردادهای تجاری بین المللی نظر بر اینکه طرفین از نظامها و تابعیت های مختلف می باشند دخالت این گونه عوامل بیشتر به چشم می خورد و از اهمیت بسزایی برخوردار است و با پیش بینی این اوضاع و احوال تحت عنوان شرط هاردشیپ در قرارداد تکلیف حوادث غیر قابل پیش بینی که منجر به دشواری اجرای قرارداد و از بین رفتن تعادل آن می گردد را مشخص می کنند. در واقع هاردشیپ وضعیتی است که اجرای تعهد قراردادی در نتیجه حوادث غیرقابل پیش بینی و خارج از کنترل، بدون اینکه به لحاظ فیزیکی

غیرممکن باشد، به لحاظ اقتصادی دشوار و پر هزینه می شود و تعادل و توازن قراردادی مختل می گردد و نظریه هاردشیپ جهت بازگرداندن تعادل و توازن قراردادی مطرح می گردد.

هاردشیپ با عناوین مشابه خود مثل عدم پیش بینی، عقیم شدن هدف قرار و... متفاوت بوده و دارای ویژگی های مختص به خود است.

در اصول اونیدروا ماده ۱-۲-۶ و ۲-۲-۶ هاردشیپ را چنین تعریف می کند: «زمانی هاردشیپ ایجاد می شود که وقوع حوادثی تعادل قرارداد را خواه به علت افزایش هزینه اجرا و خواه به علت کاهش ارزش عوضی که طرف دریافت می کند به طور اساسی تغییر دهد و

۱) حادثه پس از انعقاد قرارداد رخ دهد یا آشکار شود.

۲) حادثه بطور معقول نمی توانست از طرف فرد متضرر در نظر گرفته شود.

۳) حادثه خارج از کنترل طرف باشد و

۴) ریسک حادثه توسط شخص زیان دیده پذیرفته نشود»

در اصول اروپایی نیز علیرغم اینکه صریحاً از عنوان هاردشیپ استفاده نشده، ولی در ماده ۱۱۱-۶ به تغییر اوضاع و احوال اشاره شده که به نوعی پذیرش آن است و بیان می دارد: «طرف متعهد به ایفای تعهد خود است، حتی اگر اجرای قرارداد بسیار دشوار شود، اعم از اینکه به علت افزایش هزینه های اجرا باشد یا بخاطر کاهش ارزش عوضی که دریافت می شود با وجود این، اگر اجرای قرارداد به دلیل تغییر اوضاع و احوال فوق العاده دشوار شود، طرفین ملزم به ورود به مذاکرات با هدف تعدیل قرار دارد یا خاتمه آن خواهند بود، مشروط به این که:

الف: تغییر اوضاع و احوال پس از انعقاد قرارداد رخ دهد

ب: امکان تغییر اوضاع و احوال مسئله ای نباشد که در زمان انعقاد قرار داد می توانست به صورت معقول در نظر گرفته شود.

ج: خطر تغییر اوضاع و احوال مسئله ای نبوده است که طرفین طبق قرارداد، متعهد به پذیرش آن شده باشند.»

برخی با توجه به موارد فوق عناصر هارد شیپ را چنین معرفی کرده اند:

۱- در نتیجه دگرگونی اوضاع و احوال ایجاد شود

۲- حادثه مذکور اجرای قرارداد را به نحو فوق العاده ای دشوار سازد

۳- وقوع حادثه مذکور غیر قابل پیش بینی باشد

۴- وقوع حادثه مذکور خارج از کنترل طرفین باشد و طرفین قادر به غلبه بر آثار و نتایج آن نباشند

۵- طرفین خطر حادثه را بر عهده نگرفته باشند

۶- متعهد موضوع قرارداد را اجرا نکرده باشد

اکثر نظام های حقوقی در چنین وضعیتی بر روش تعدیل قرار داد، تاکید دارند به دلیل این که مصلحت ثبات معاملات از یک طرف و لزوم جبران ضرر ناروا از طرف دیگر روش مناسبی تلقی می گردد. در حقوق داخلی ایران نیز با برخی از اصول فقهی از سوی حقوقدانان مقایسه گردیده است از قبیل عسروحرج غبن حادث و لا ضرر

برخی واژه ی عسروحرج را نزدیک به هارد شیپ و ترجمه آن دانسته ولی آن را یکی ندانسته اند بدین ترتیب که از جمله قاعده نفی عسروحرج در تمام عقود اعم از معوض و غیر معوض و اعم از مستمر و غیر مستمر به کار می رود در حالی که نظریه تفسیر هارد شیپ تنها در عقود معوض و مستمر کاربرد دارد لذا نمی توان این دو را یک مفهوم دانست ولی از آن جایی که اثر قاعده نفی عسروحرج و قاعده المیسور و مصادیق مطرح در آن ارائه راه حلی برای کاهش در تعهدات و تعدیل آن می باشد، از این جهت در حقوق ایران قابل پذیرش و توجیه است.

علی رغم وجود مشابهت هایی که در بین فورس ماژور و هارد شیپ وجود دارد تفاوت هایی نیز با هم دارند از جمله آن تشابهات عناصر هارد شیپ است که فوقاً بدان اشاره گردیده و فورس ماژور نیز همان عناصر را برایش شناسایی کرده اند، هر دو استثنایی بر اصل لزوم قراردادها می باشند، چرا که این اصل با استثناهایی مواجه گردیده از جمله این استثناءها فورس ماژور و هاردشیپ است، علی الخصوص در آنجایی که امکان تعدیل وجود ندارد و یا تعدیل قرار داد قادر به جبران ضرر و زیان ناخواسته نیست و لذا استثنایی بر اصل لزوم محسوب می گردد هر چند که در نظریه هارد شیپ نظر مورد قبول در رویه بین الملل تعدیل در قرار داد است نه فسخ قرارداد که این حکم با قاعده نفی عسروحرج و المیسور سازگارتر است تفاوت های این دو قاعده را چنین بیان کرده اند:

۱- هارد شیپ به منظور تغییر تعهدات قراردادی مطرح می شود در حالی که فورس ماژور به منظور معافیت از اجرای تعهد قراردادی مطرح می شود.

۲- هارد شیپ ناظر به دشوار شدن اجرای تعهد و فورس ماژور ناظر به غیر ممکن شدن اجرای تعهد است.

۳- تفاوت در اثر این دو است، هارد شیپ ناظر بر تعدیل و ادامه قرارداد است ولی فورس ماژور اثر انحلال و معافیت را به دنبال دارد البته در رویه مدرن تجارت بین الملل در خصوص وضعیت فورس ماژور اثر تعدیل

نیز پذیرفته شده است و شرط فورس ماژور مدرن در برگیرنده ی موادی برای مذاکره مجدد در خصوص شرایط قرارداد و تطبیق آن با شرایط جدید هستند که در این حالت مشترک خواهند بود. کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG) حاوی یک قاعده خاصی که به مسأله هاردشیپ بپردازد نیست. این کنوانسیون همچنین از هاردشیپ ذکری به میان نیاورده است.

ماده ۷۹ کنوانسیون بیع اعلام می دارد یک شخص از پرداخت خسارت تنها در صورتی معاف می گردد که نقض قرارداد به خاطر مانعی خارج از کنترل او صورت گیرد. تاریخ تدوین این حوزه مشخص نیست. در طول آماده سازی کنوانسیون بین این مسأله که آیا مشکلات اقتصادی باید موجب یک استثناء گردد یکی از موضوعات بحث برانگیز بوده است. در کنفرانس وین، یک پیشنهاد از سوی هیأت نمایندگی نروژ مبنی بر این که متعهد از تعهداتش در صورتی که بعد از پایان یافتن مانع موقت به این خاطر که تغییر بنیادین در زمینه اوضاع و احوال صورت گرفته است، رهایی یابد، مورد پذیرش قرار گرفته بود. بنابراین به نظر برخی کاملاً قابل فهم است. که در طی اولین سالهای پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون بیع، برخی پژوهشگران استدلال می کردند که هیچ جایی برای این که هاردشیپ تحت ماده ۷۹ بررسی شود، وجود ندارد.

امروزه تقریباً به اتفاق در تصمیمات داوری و دادگاهها و همین طور در تألیفات پژوهشگران پذیرفته شده است که ماده ۷۹ در واقع، مباحث مرتبط با هاردشیپ را تحت پوشش قرار نداده است. به نظر ایشان هیچ محلی برای متوسل شدن به مفاهیم داخلی هاردشیپ وجود ندارد به گونه ای که هیچ روزنه ای در کنوانسیون بیع نسبت به استناد متعهد به بر هم خوردن تعادل اقتصادی و انطباق قرارداد با اوضاع و احوال تغییر یافته وجود ندارد.

دادگاهها در تفسیر ماده ۷۹ (۱) کنوانسیون بیع بین المللی کالا بسیار بی میل هستند از این که هاردشیپ را در مورد نوسانات قیمت ها اجازه دهند و تا به حال هیچ گزارشی از تصمیم دادگاهها یا داوری که یک شخص اعم از فروشنده یا خریدار را از مسئولیت قرارداد بیع تحت کنوانسیون بیع بین الملل به خاطر هاردشیپ معاف کند گزارش نشده است. و تمام احکامی که در این زمینه در پیرامون ماده ۷۹ صادر شده اند افزایش یا کاهش صددرصد قیمت را نیز تحت شمول هارد شیپ ندانسته اند. و اینگونه استدلال کرده اند که یک افزایش قیمت برای شرکتی که درگیر تجارت بین الملل است قابل پیش بینی است. در اصول اروپایی اثری که هارد شیپ در قرارداد دارد در ماده ۶-۱۱۱ پیش بینی شده است اولاً اصول اروپایی به اصل لزوم قرار دادها و پای بندبودن به قرار داد و اجرای آن معتقد است حتی اگر افزایش یا کاهش قیمت بر اساس هاردشیپ نیز رخ داده باشد ولی در ادامه ، بند(۲) شرط تغییر اوضاع و احوال به شرط بیش از حد سنگین بودن اشاره داشته و در چنین

صورتی است که در مباحث بعدی به وجود قرارداد می پردازد و در بند (۳) اشعار می دارد: "چنانچه طرفین نتوانند در مدت متعارفی به توافق برسند دادگاه می تواند:

الف) قرارداد را در تاریخ و با شرایطی که توسط دادگاه معین می شود خاتمه دهد؛ یا

ب) به منظور تقسیم ضررها و منافع حاصل از تغییر اوضاع و احوال، قرارداد را به روشی منصفانه و دقیق میان طرفین، تعدیل نماید؛

در هر مورد، نسبت به ضرر وارده، دادگاه میتواند حکم به جبران خسارت توسط طرفی دهد که از انجام مذاکره امتناع نموده یا بر خلاف حسن نیت و معامله منصفانه به مذاکرات پایان داده است.

در اصول اونیدروا نیز اثر هاردشیپ در ماده ۶-۲-۳ چنین بیان شده است: (۱) در صورت بروز دشواری (هاردشیپ) طرف زیان دیده حق دارد در خواست تجدید مذاکره کند. این در خواست باید بدون تأخیر غیر معقول، صورت گیرد و اسباب توجیهی آن را بیان کند.

(۲) در خواست تجدید مذاکره فی نفسه به زیان دیده، حق نمی دهد که از ایفای تعهد سر باز زند.

(۳) در صورت عدم حصول توافق ظرف مدت معقول، هریک از طرفین می تواند به دادگاه مراجعه کند.

(۴) چنانچه دادگاه، دشواری را احراز کند، در صورتی که معقول به نظر رسد می تواند:

الف) قرارداد را در تاریخ و با شرایط معین، فسخ کند، یا

ب) قرار داد را جهت ایجاد تعادل، تعدیل کند.

اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی نیز همانگونه که مشاهده گردید اولین نکته ای را که بدان اشاره می نماید اصل لزوم و پایبندی به قرار داد و تعهدات هر یک از طرفین است به نحویکه در صورت بروز هاردشیپ و دشواری حتی با وجود درخواست تجدید مذاکره به اصل ایفای تعهدات توسط شخص زیان دیده تأکید دارد.

و بر اساس هردوی این اصول، طرفین در صورت بروز هاردشیپ دعوت به مذاکره جهت تعدیل قرارداد می شوند و در صورت عدم توافق برای مذاکره دادگاه نهایتاً حکم بر تعدیل و یا فسخ قرارداد خواهد داد که از این جهت مقررات مشابهی حاکم بر هاردشیپ و آثار آن است.

شرط نمونه اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) سال ۲۰۰۳ مشابه همین را اعلام می کند که طرفین قرارداد ملزم هستند تا در رابطه با شرط قرار دادی جایگزین که نتایج اوضاع و احوال تغییر یافته را بطور متعارف مجاز می نماید در ظرف زمانی معقول از زمان مطالبه شرط، مذاکره و گفت و گو نمایند. این مذاکره مجدد که ملاحظه گردید، مبتنی بر یک قاعده کلی اقدام براساس حسن نیت است که در بسیاری از نظامهای حقوقی نوشته عمومیت یافته است. دیگر نظامهای حقوقی چنین تکلیفی را برای طرفین به رسمیت نمی شناسند. این مساله نه تنها در خصوص نظامهای حقوقی کامن لا صدق می کند حتی آنجایی که در برخی از کشورهای این نظامها

اصل کلی هاردشیپ یا غیر عملی شدن قرار داد را به عنوان نمونه آورده اند بعنوان نمونه در بخش ۶۱۵-۲ قانون تجارت متحدهالشل امریکا (UCC) این اصل به رسمیت شناخته شده است و حتی در برخی از نظامهای حقوقی نوشته نیز همچون آلمان، برابر ماده ۳۱۳ قانون مدنی آلمان (BGB) نسبت به وضعیت ایجاد شده در قرارداد، طرفین را ملزم به مذاکره مجددی با یکدیگر ندانسته است. علاوه براین نه مواد قانون مدنی ایتالیا و نه مقررات قانون مدنی هلند در خصوص هاردشیپ، طرفین را به مذاکره مجدد مکلف نمی نمایند.

از بحث شرایط هاردشیپ و آثاری که می تواند داشته باشد که بگذریم، به بحث اصلی خود که هاردشیپ چه اثری در خسارت قراردادی می تواند به جا بگذارد می رسیم. اولاً این نکته لازم به ذکر است و همانگونه که سابقاً ذکر گردید خسارت قرار دادی خسارتی است که ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد است و بطور کلی امری تبعی است و تابع خود قرارداد است و امری مستقل نیست و باید ابتدائاً یک تعهدی وجود داشته باشد تا عدم انجام یا تأخیر در اجرای آن خسارت را قابل پرداخت بنماید. از این بحث به بحث حاضر که هاردشیپ است می خواهیم بپردازیم بدین ترتیب که هاردشیپ در قرارداد چه آثاری می تواند بر روی خسارت قرار دادی بجا بگذارد. مهمترین اثری که برای هاردشیپ معرفی کرده اند همانگونه که بیان شد تعدیل قرارداد بود که هم اسناد بین المللی آنرا به نحوی مورد پذیرش قرار داده بودند و هم حقوقدانان و رویه دادگاههای بین المللی نیز موافق با آن بود هر چند که در صورت عدم آمادگی طرفین به مذاکره برای تعدیل در برخی موارد فسخ قرارداد نیز از سوی این اسناد پیش بینی گردیده است و جواب مسأله در صورت فسخ قرارداد آسانتر خواهد بود بدین ترتیب که چون خسارت قرار دادی امری تبعی است با فسخ قرارداد اصلی و از بین رفتن تعهد مبنای خسارت قراردادی، خسارت قراردادی تعیین شده نیز از بین خواهد رفت ولی آنجائیکه قائل به تعدیل قرارداد و تعهدات مندرج در قرارداد باشیم و این راه حل انتخاب گردد، به نظر میرسد با توجه به فلسفه درج شرط تعیین خسارت در قرارداد برای تخلف از انجام تعهد، که معمولاً ضامن اجرای تعهد و مجازات فرد خاطی است یا اینکه پیش بینی میزان خسارت وارده در آینده از عدم انجام تعهد است؛ به تفکیک هر دو را مورد بررسی قرار می دهیم.

در حالت اول که خسارت تعیین شده بخاطر مجازات فرد خاطی از تعهدات و به عنوان ضامن اجرای قراردادی مطرح است همانند فورس ماژور که مانع از اجرای مفاد قرارداد و تعهدات قراردادی می شد و در نتیجه باعث معافیت متعهد از مسئولیت می گردید و خسارت قراردادی نیز به تبع آن از بین می رفت باشد، وجود هاردشیپ در قرارداد در صورتیکه منتهی به فسخ گردد باعث از بین رفتن این ضمانت اجرا و خسارت قراردادی خواهد شد. چرا که هدف از درج این شرط عدم انجام تعهد و تأخیر که هر دو مشمول مواردی است متعهد به طور عمدی و به دور از حسن نیت باعث عدم انجام تعهد و تأخیر در اجرای آن می گردد نه آنجایی

که متعهد اراده اش هیچ دخالتی و نقشی در عدم یا تأخیر اجرای تعهد داشته باشد، بنابراین تفاوتی نباید بین این امر وجود داشته باشد که عنوان معافیت از مسئولیت فورس ماژور باشد که حادثه خارجی است یا هارد شپ باشد که آن هم حادثه ای خارج از اراده متعهد می باشد. بنابراین علی الاصول باید قائل به از بین رفتن این نوع ضمانت اجراها در صورت فسخ قرارداد بود.

در پاسخ به این سوال لازم است به این نکته نیز پرداخته شود که آیا تعدیل قرارداد به معنای تبدیل تعهد محسوب خواهد شد تا در نتیجه آثار تبدیل تعهد بر تعدیل قرارداد بار شود. بدین ترتیب که اگر تعدیل، تبدیل تعهد محسوب گردد اصولاً تضمینات دین و تعهد سابق نیز از بین خواهد رفت که در این صورت اگر خسارت قراردادی که به عنوان تضمین اجرای قرارداد محسوب شود اصولاً از بین خواهد رفت لذا ذیلاً به بررسی این موضوع می پردازیم.

۴-۱- تعدیل قرار داد و تبدیل تعهد :

در تبدیل تعهد برخی آنرا چنین بیان داشته اند که تبدیل تعهد عبارت از جایگزین ساختن تعهد به جای تعهد دیگر)) و بدین ترتیب تعهد پیشین از بین رفته و تعهد جدید به جای آن به وجود می آید. و در ماهیت آن را نوعی عقد قرارداد دانسته اند و از نوع عقد معوض تلقی نموده اند. که یکی از این عوضین سقوط تعهد سابق و دیگری پیدایش تعهد جدید است. موارد تبدیل تعهد: تبدیل تعهد از طریق تبدیل موضوع تعهد، تبدیل تعهد از طریق تبدیل منشأ تعهد، تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهد و تبدیل تعهد از طریق انتقال دین و پرداخت دین به وسیله ثالث. برخی از استادان نیز تبدیل تعهد را به سه قسم: تبدیل تعهد بوسیله تبدیل دین، تبدیل تعهد بوسیله تبدیل مدیون و تبدیل تعهد بوسیله تبدیل داین قابل تقسیم دانسته اند.

در تبدیل تعهد تعهدی جدید جایگزین دین سابق می شود و بنابراین علاوه بر اینکه رابطه ی حقوقی و تعهدی که از قبل وجود دارد باید موجود باشد، تعهدی جدید نیز باید وجود داشته باشد تا جایگزین تعهد سابق شود و این جانشینی تعهدی به وسیله طرفین آن، مورد قصد آنها نیز واقع گردد.

بنابراین ضرورتاً لازم است تعهد جدیدی جایگزین تعهد سابق شود و اگر همان تعهد با تغییری در شدت و ضعف یا زمان اجرا و... جایگزین وضعیت سابق گردد نمی تواند تبدیل تعهد تحقق یابد مگر اینکه تغییر حاصل در آن، ماهیت تعهد را دگرگون سازد به گونه ای که بتوان آن را تعهدی نو دانست و بنابراین تعویض پول پرداخت یا تقسیط میزان بدهی را نمی توان تبدیل تعهد دانست.

ممکن است در مواردی بدون اینکه طرفین تعهد خواسته باشند موضوع تعهد تغییر یابد و موضوع جدیدی جانشین موضوع اصلی تعهد شود مثل اینکه موضوع تعهد مال معین باشد که ضمان آن برعهده متعهد قرار

دارد و پیش از ایفای تعهد مال مزبور تلف شود یا این که موضوع تعهد کلی باشد و تسلیم آن عملاً یا قانوناً غیرممکن گردد. در این وضعیت به جای مال مزبور متعهد ملزم به تسلیم بدل آن از مثل یا قیمت به متعهد خواهد بود، این موارد را نمی توان به نظر برخی تبدیل تعهد از طریق تبدیل موضوع تعهد دانست بلکه باید آنرا صرفاً تغییری موضوع تعهد با بقای تعهد سابق تلقی کرد زیرا بدون اینکه طرفین تعهد اراده کنند، تغییر قهری موضوع تعهد نمی تواند تعهد سابق را از بین ببرد و تعهد جدید را جایگزین آن کند، بنابراین تضمینات تعهد اصلی با تغییری موضوع تعهد از بین نمی رود بلکه به موضوع جدید تعلق پیدا می کند.

دیوان عالی کشور فرانسه تغییر در مبلغ دین را با هر قصدی از سوی طرفین، کافی برای تحقق تبدیل تعهد نمی داند هر چند در رأیی که از «شعبه عرایض» فرانسه صادر شده تغییر در مدت اجرای تعهد یا تغییری اندک در تعهدات مقدماتی عقد در صورتیکه قصد طرفین برای این امر باشد را به عنوان تبدیل تعهد قلمداد کرده اند.

بررسی قراردادهای مشابه حکایت از قصد مشترک متعاقبین در راستای همان عقد اولیه دارد. آنان نه تنها قصدی بر تعویض تعهدات پیش بینی شده در عقد با تعهداتی جدید را ندارند بلکه غالباً جهت حصول اطمینان از دریافت نتایج مورد انتظار خویش که در نتیجه اجرای تعهد طرف مقابل قابل وصول است اقدام به انعقاد قراردادی با اجرای طولانی مدت می نمایند. با این همه می دانند و به تجربه دریافته اند که وقوع شرایطی استثنائی آن هم در قراردادی طولانی مدت می تواند باعث تحمیل فشارهای اقتصادی فراوان و ناعادلانه بر یکی از طرفین قرارداد گردد، ضمن آنکه این امر ممکن است به احتمال زیاد بر کیفیت اجرای تعهد نیز تاثیر عمیقی داشته باشد. لذا جهت جلوگیری از نتایج نامطلوب ترجیح می دهند راه حل های تغییر مناسب در تعهدات طرفین را به گونه ای که نه اصل تعهد دچار مشکل گردد و نه انعطاف پذیری عقد، باعث شکنندگی آن شود، مورد پیش بینی قرار دهند امری که برخی آنرا هدف هاردشیپ دانسته اند. پس اوضاع و احوال حاکم بر قراردادهای حاوی شرط مذاکره مجدد که مکانیزمی جهت تعدیل قرارداد است حکایت از قصد حفظ تعهدات اولیه با تغییراتی جهت تسهیل اجرای عقد و رهایی طرف زیان دیده از وضعیت مشقت بار دارد. بنابراین نتیجه چنین مذاکراتی معمولاً یا بصورت تمدید مدت اجرای تعهد یا تقسیط ضمن معامله یا ایجاد تسهیلات دیگر در ادامه عقد سابق است. لذا شرایط تبدیل تعهد موجود نبوده و عقد با اصلاحات و تغییراتی ادامه پیدا می کند. از طرفی با توجه به خلاف اصل بودن تحقق تبدیل تعهد، در صورت تردید اصل بر عدم تحقق آن خواهد بود مگر این که تغییر در ارکان اساسی تعهد و وجود قصد طرفین به صراحت قابل استنباط باشد.

حال با توجه به این که تعدیل قرارداد تبدیل تعهد محسوب نمی شود پاسخ به این سوال که آیا خسارت قراردادی که خود به عنوان ضمانت اجرای قراردادی به کار رفته با تعدیل قرارداد از بین میرود، چنین خواهد

بود که خسارت قراردادی با تعدیل قرارداد از بین نخواهد رفت و در نتیجه قرارداد تعدیل شده با خسارت قراردادی تعیین شده پابرجا خواهد ماند ولی این نتیجه، حاصل مقایسه تبدیل تعهد با تعدیل قرارداد است. هرچند که با مقایسه این دو نتیجه از بین رفتن تضمینات خواهد بود ولی با توجه به فلسفه و ماهیتی که از هاردشیپ و فورس ماژور که از جهاتی با هم شباهت داشته اند، اثر معافیتی که فورس ماژور بر قرارداد داشت هاردشیپ نیز از لحاظی شبیه به آن بوده و دانستن معافیت از حیث پرداخت خسارت قراردادی و از بین رفتن آن همان گونه که قبلاً نیز ذکر گردید نزدیک به صواب باشد. چراکه معمولاً خسارت قراردادی برای اشخاص خاطی وضع می‌گردد که تعمداً مرتکب تقصیر می‌گردند. (هر چند شامل موارد غیر عمدی نیز می‌شود که احراز نوع آن با قصد طرفین ممکن خواهد بود).

در حالت دوم که خسارت قراردادی به عنوان خسارت از پیش تعیین شده و میزان واقعی خسارت آینده از سوی طرفین (نه به عنوان تنبیه) تعیین می‌شود، در صورت تعدیل قرارداد نتیجه و اثر آن بر این نوع خسارات از پیش تعیین شده چه خواهد بود؟ نظر به این نکته که در این حالت نیز خسارت تعیین شده هر چند مبین میزان واقعی خسارت بوده که توسط طرفین از قبل تعیین می‌گردد. ولی در حالتی که امکان اجرای قرارداد منتسب به اراده فرد متعهد نبوده بلکه به دلیل اوضاع اقتصادی و غیره باشد که متعهد را با حالت و وضعیت هاردشیپ مواجه کرده است، می‌توان گفت که در این حالت نیز خسارت قراردادی قابلیت مطالبه را نداشته باشد و کأن لم یکن تلقی گردد چرا که متعهد در ایجاد وضعیت هاردشیپ دخالتی نداشته و به واسطه حوادثی که خارج از اراده متعهد بوده چنین وضعیتی حادث شده و به وجود آمده است. لذا می‌توان گفت در این صورت نیز خسارت تعیین شده قابلیت مطالبه را نداشته باشد. از طرفی در صورت تعدیل قرارداد که معمولاً به وسیله اراده طرفین انجام می‌گیرد اصولاً طرفین با توجه به تمامی جوانب قرارداد را تعدیل می‌کنند که حتماً نسبت به تعدیل خسارت قراردادی و تغییر آن نیز تصمیماتی را اتخاذ می‌کنند.

نتیجه گیری

فورس ماژور در صورت وجود شرایط باعث سلب مسوولیت متعهد و معافیت از کلیه خسارات اعم از خسارات تعیین شده در قرارداد و غیر آن خواهد بود. این امر از اصول اروپایی، اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی و کنوانسیون بیع بین الملل و قوانین داخلی کشورها قابل استنباط است. تحریم، اعتصاب و تحریم نیز از مصادیق فورس ماژور به حساب می آید.

هاردشیپ (در حقوق داخلی با عناوین عسر و حرج، غبن حادث و لاضرر مورد بررسی قرار گرفته است) که بدلائل اقتصادی و سیاسی و بعد از قرارداد ایجاد میشود باعث ایجاد حق تعدیل در قرارداد میگردد. با توجه به اینکه خسارت تعیینی در قرارداد معمولا بطور شرط ضمن عقد درج میشود، تعدیل در قرارداد تبدیل تعهد محسوب نمیگردد و در نتیجه باعث از بین رفتن تضمینات تعهد نمیشود و با این شرایط خسارت تعیینی پا برجا خواهد بود ولی از این لحاظ که هاردشیپ و فورس ماژور از جهت شباهت هایی که با هم دارند باعث سقوط خسارات تعیینی در هارد شیپ نیز باشد چرا که خسارات تعیینی اعم از تنبیهی یا واقعی برای شخصی قابلیت اعمال را دارد که مرتکب تقصیر عمدی شده و منتسب به اراده متعهد باشد در حالیکه اوضاع و احوال اقتصادی و سیاسی باعث عدم انجام اصل تعهد گردیده که خارج از اراده متعهد است. بنابر این پرداخت خسارت تعیینی در این شرایط تکلیف ما لایطاق بوده و از قصد طرفین که عرف نیز چنین میداند، معافیت متعهد از پرداخت خسارت تعیینی قابل استنباط است.

فهرست منابع و مآخذ

*قانون مدنی

*قانون تجارت

۱. ابراهیمی، نصراله و...، ۱۳۹۱، آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین المللی از منظر فورس ماژور، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، ش. ۲.
۲. اینگبورگ شوآنزیر، آرابی، حمید، ۱۳۹۲، فورس ماژور و هارد شیپ در قرار دادی بیع بین المللی، ماهنامه کانون، ش. ۱۳۶-۱۳۷.
۳. ایوانز، گراهام و نونام جفری، ۱۳۸۱، فرهنگ روابط بین الملل، ترجمه حمیرا مشیرزاده، میزان، تهران.
۴. بیگدلی، سعید، ۱۳۸۸، تعدیل قرارداد، میزان، تهران.
۵. جباری، منصور، ۱۳۹۳، بررسی تطبیقی معافیتهای غیر قراردادی متصدی حمل و نقل هوایی و مقررات بین المللی و حقوق ایران، مجله حقوقی دانشگاه تهران.
۶. دایره المعارف بریتانیکا.
۷. ساورایی، پرویز، ۱۳۷۹، شرط فورس ماژور در قرارداد های تجاری بین المللی، شماره ۳۱-۳۲، مجله تحقیقات حقوقی.
۸. شریفی، سید الهام الدین، ۱۳۹۲، مقایسه نظریه هاردشیپ و فورس ماژور در...، پژوهشهای حقوق تطبیقی، ش ۵-۴.
۹. شعاریان، ابراهیم، ۱۳۸۹، اصول حقوق قراردادهای اروپا و ایران، فروزش، تبریز.
۱۰. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۱، سقوط تعهدات، مجد، تهران.
۱۱. صفایی، سید حسین، ۱۳۶۴، مجله دفتر خدمات حقوقی بین المللی.
۱۲. صفایی، سید حسین، ۱۳۷۵، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ص ۳۹۶.
۱۳. صفایی، سید حسین، ۱۳۹۰، حقوق بیع بین المللی، دانشگاه تهران، تهران.
۱۴. صفایی، سید حسین، 1394، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، میزان، تهران.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، سهامی انتشار، تهران.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۳، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، سهامی انتشار، تهران.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴، نظریه عمومی تعهدات، سهامی انتشار، تهران.
۱۸. السنهوری، عبدالرازق احمد، ۱۹۹۷، الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید، ج ۱، بیروت.
19. Ahmad pour, Ayoub, 2005, Economic Hardship in Performance of Contract, A Comparative Study of English, American and German and CISG, The UNIDROIT Principle and PECL, Aberdeen, and Marcel Fantain.
20. Marcel Fontaine, Filip De Ly., 2006, Drafting International Contracts: Analysis of Contract Clauses Published and Distributed by Transnational Publishers, Inc. Ardsley.