

مجله مطالعات حقوق تطبیقی،
دوره ۴، شماره ۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۲،
صفحات ۴۱ تا ۶۱

تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی

مجید بنایی اسکویی*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)
تاریخ دریافت: ۹۱/۱۲/۲۱ تاریخ پذیرش: ۹۲/۴/۳۱

چکیده

تعذر مالی در انجام قرارداد هنگامی مطرح می‌شود که اجرای قرارداد به سبب ناتوانی مالی متعهد ناشی از علل خارجی و غیرقابل انتساب به طرفین قرارداد، غیرممکن می‌گردد. در صورت وقوع تعذر مالی، بر مبنای مقررات موجود، با رعایت شرایطی فسخ قرارداد از سوی متعهدله ممکن است؛ در حالی که به نظر می‌رسد امکان تعدیل قرارداد را نباید به کلی از نظر دور داشت. در این مقاله سعی خواهد شد ضمن بیان چگونگی اعمال خیار فسخ، دلایل تعدیل قرارداد تا حد ممکن بررسی شود.

کلید واژگان:

تسلیم، خیار و تعدیل قرارداد، تعذر، تعهد.

مقدمه

هدف اصلی از انعقاد هر قرارداد، اجرای آن است. پس از انعقاد قرارداد، نخستین موضوعی که مطرح می‌شود، امکان اجرای آن است. در صورتی که بعد از انعقاد قرارداد، به دلایلی که قابل انتساب به متعاقدین نیست، اجرای آن ناممکن گردد، بحث تعذر اجرای قرارداد و ضمانت اجرای آن مطرح می‌شود. تعذر اجرای قرارداد نه تنها در حقوق ایران، بلکه در اغلب نظام‌های حقوقی، موضوعی مهم و در عین حال مورد اختلاف است.

امروزه بسیاری از قراردادهایی که در جامعه بسته می‌شود، به دلایل مختلف قابلیت اجرا ندارد و متأسفانه با وجود فراوانی آنان و مشکلات در روابط اقتصادی و اجتماعی، قانونگذار راه حل مناسبی برای آن پیش‌بینی نکرده است و احکام صریحی در این خصوص وجود ندارد. برای مثال، در قراردادهای پیمانکاری یا مشارکت مدنی در ساخت که طرفین بر احداث یک بنا توافق می‌کنند، پس از آغاز ساخت، به دلایلی کار رها می‌شود. مالک با این پندار که پس از گذشت چند صباحی به ملکی نو دست می‌یابد، تمام سرمایه خود را در اختیار طرف مقابل می‌گذارد، اما بعدها در می‌یابد که به این زودی امکان دستیابی به نتیجه مورد نظر امکان ندارد و به عللی که به هیچ یک از طرفین قرارداد مربوط نیست، امکان اجرای قرارداد متعذر می‌شود. از سوی دیگر، او درمی‌ماند که برای رهایی از این توافق چه چاره‌ای بیندیشد و از کدام راهکار قانونی استفاده کند. یا در فروش کالا، به هنگامی که خریدار برای تحویل کالا مراجعه نمی‌کند، فروشنده در وضعیت بلا تکلیفی قرار می‌گیرد. از آنجا که در اغلب

m.banaeioskoei@gmail.com

* نویسنده مسئول ۸۲۲۳۳۶۲۰

موارد، قرارداد با پرداخت مبلغ کمی از ثمن منعقد می‌شود، فروشنده درمی‌ماند چگونه به مابقی ثمن خود دست یابد و یا از چه راهی می‌تواند مشتری را به اجرای تعهدی که تأخیر در آن موجب ضرر است، وادار کند. آیا در چنین شرایطی برای جلوگیری از ضرر فروشنده می‌توان قرارداد را فسخ کرد؟ آیا متعهدله یک قرارداد در صورت بروز تعذر مکلف است همچنان به مفاد قرارداد پایبند باشد و منتظر بماند، یا راهی برای خلاصی از این گونه قرارداد وجود دارد؟ آیا می‌توان با تعدیل شرایط و نزدیک کردن مفاد قرارداد به آنچه که طرفین به هنگام عقد به دنبال آن بوده‌اند، امکان اجرای عقد را دوباره فراهم ساخت؟

به طور معمول به هنگام بحث از تعذر یا عدم اجرای تعهد، اغلب سخن از تسلیم یا عدم تسلیم مبیع (مورد معامله) است؛ در حالی که کمتر به تکلیف خریدار در قبض مبیع توجه می‌شود. در وضعیتی که خریدار برای تحویل کالا مراجعه نمی‌کند، وظیفه فروشنده چیست؟ تا چه زمانی باید منتظر باشد؟ گذشت زمان چه تأثیری در قرارداد دارد؟ هزینه‌های نگهداری کالای فروخته شده با کدام یک از طرفین قرارداد است؟ هنگامی که به علت تعذر مالی امکان اجرای قرارداد از سوی متعهد سلب می‌شود، می‌توان با تعدیل قرارداد تعهد را به انجام رساند. آیا راهی به جز انحلال قرارداد وجود دارد؟ در این مقاله سعی شده است در حد امکان به این سؤال پاسخ داده شود. نخست به مفهوم تعذر پرداخته می‌شود، سپس مباحث مختلف مطرح خواهد شد:

۱. مفهوم تعذر

الف) مفهوم لغوی تعذر

تعذر مصدر باب تفعّل بوده و ریشه آن عذر است. در کتاب‌های لغت عذر (به ضم عین) به معنی بهانه و پوزش به کار رفته است، در اقرب‌الموارد آمده است که عذر حجتی است که با آن پوزش خواسته می‌شود. راغب گفته است: عذر آنست که انسان بخواهد با آن گناهان خویش را محو کند. و بر سه قسم است یا می‌گوید که من اینکار را نکرده‌ام، و یا به این علت کرده‌ام و به این ترتیب می‌خواهد با ذکر علت خویش را تبرئه کند، و یا می‌گوید که من کرده‌ام، ولی دیگر نمی‌کنم... این سومی توبه است، هر توبه عذر است، ولی هر عذر توبه نیست: «لا تعتذروا قد کفرتم بعد ایمانکم» (توبه - ۶۶)؛ یعنی پوزش نخواهید و عذر نیاورید. در واقع عذر حجتی است برای انجام ندادن کار: «الحجه التي يعتذر بها» (قریشی، ۱۳۶۱، ص ۳۱۰؛ انیس، ۱۳۷۶، ص ۵۹۰). تعذر نیز در کتابهای لغت در معانی متفاوتی چون دشوار شدن، سخت شدن، مشکل و تنگ شدن کار، ممتنع بودن، امتناع کردن، عذر آوردن، سستی، آلودگی، بی‌گناهی، استوار نگردیدن و امثال اینها به کار رفته است. کاربرد کلمه تعذر با هر یک از حروف اضافه گاه معنی آن را به طور کامل دگرگون می‌کند؛ مثلاً «تعذر علیه الامر» یعنی امر بر او دشوار شد و گاه به معنی امتناع کرد هم به کار می‌رود. در «تعذر عن الامر» یعنی در آن کار سستی کرد یا به آن کار نرسید که کنایه از دیر کردن و سستی در انجام کار است. در «تعذر الرجل» یعنی برای خود عذر آورد و از خود دفاع کرد. در «تعذر فلان من الذنب» یعنی فلانی خود را بی‌گناه خواند (دانست). در «تعذر الشيء»

یعنی آن چیز به پلیدی آلوده شد. در «تعذر فی الامر» یعنی کوتاهی کرد و در «تعذر الرسم» به مفهوم محو شدن و نابودی آثار آمده است. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۹۳؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۳۹۷؛ ابن منظور افریقی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۵۴۵؛ انیس، ۱۳۷۶، ص ۵۹۰؛ مهیار، ۱۴۱۰، ص ۶۰۳)

ب) مفهوم حقوقی تعذر

معنای حقوقی تعذر از معنای لغوی آن دور نیست. یکی از نویسندگان حقوق مدنی در مباحث فورس ماژور و علت خارجی به این واژه اشاره کرده و آن را معادل ممتنع بودن دانسته است؛ یعنی زمانی که امکان اجرای قرارداد به عللی که قابل انتساب به طرفین قرارداد نیست، متعذر می‌شود (لنگرودی، ۱۳۸۱، ش ۱۲۸۳). در مواد مختلفی از قانون مدنی نیز به طور صریح یا ضمنی به این واژه اشاره شده است که برای نمونه می‌توان به این مواد اشاره کرد:

در ماده ۶۴۸ قانون مدنی آمده است: «قرض عقدی است که به موجب آن احد از طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آنرا از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد». در ماده ۳۱۲ قانون مدنی بیان شده است: «هرگاه مال مغضوب بوده و مثل آن پیدا نشود، غاصب باید قیمت حین الاداء را بدهد و اگر مثل آن موجود بوده و از مالیت افتاده باشد، باید آخرین قیمت آنرا بدهد.»

در ماده ۴۷۶ قانون مدنی آمده است: «مؤجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع مؤجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار مستأجر خیار فسخ دارد.»

در ماده ۳۸۷ قانون مدنی مقرر شده است: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...».

در ماده ۵۳۴ قانون مدنی مقرر شده است: «هرگاه عامل در اثنا یا در ابتدای عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را بجای او انجام دهد، حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان مزارع حق فسخ دارد.»

در حقوق فرانسه نیز بحث تعذر اجرای تعهد و در نتیجه معافیت از پرداخت جبران خسارت تحت عنوان علت خارجی بیان شده است. در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی این کشور آمده است: «هرگاه در اثر قوه قاهره یا در نتیجه حادثه غیر مترقب، متعهد نتواند تعهد خود را انجام دهد یا اقدام به امر ممنوعی کرده باشد، هیچ خسارتی، محقق نمی‌شود.»^۱

در ماده ۲۴۰ قانون مدنی چنین آمده است: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع

1. Art. 1148- Il n'y a lieu a` aucuns dommages et interest lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuity, le debiteur a ete empeche de donner ou de faire ce a` quoi il etait oblige, ou a fait ce quoi lui etait oblige, ou a fait ce quoi lui etait interdit.

شود یا معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت؛ مگر اینکه امتناع مستند بر فعل مشروطه باشد. قانونگذار تعذر را در معنا و مفهومی تلقی نموده است که عذر خارج از اختیار متعذر باشد (فورس‌ماژور)؛ بنابراین مفهوم «تعذر» از مفهوم «عدم اجرای تعهد» که در سرفصل ماده ۲۲۶ ق.م. به کار رفته، محدودتر است. یعنی عدم اجرای تعهد اعم از تعذر است؛ چه ممکن است که عدم اجرای تعهد با سوءنیت و عمد متعهد متخلف صورت گیرد که در این صورت استناد به تعذر جایگاهی ندارد، در حالی که در تعذر مسئله سوءنیت متعذر مطرح نیست، بلکه صرفاً انجام تعهد به علل خارجی امکان اجرا ندارد. این معنی در ماده ۲۲۷ ق.م. ایران و ۱۱۴۷ ق.م. فرانسه بیان شده است. (لنگرودی، ۱۳۸۱، ش ۱۲۸۳)

۲. وضعیت تعهدات اصلی و فرعی قرارداد متعذر شده چیست؟

همان‌طور که می‌دانیم تعهدات ناشی از قرارداد از نظر اهمیت در یک درجه نیستند؛ برخی از این تعهدات اصلی و بعضی فرعی‌اند. در قانون مدنی درباره تعذر اجرای تعهدات فرعی ناشی از قرارداد، راه حل مشخصی ارائه شده است. قانون مدنی تعهدات فرعی یعنی تعهد ناشی از شرط ضمن عقد موضوع را مورد بررسی قرار داده و حکم آنرا بیان داشته است. از این رو در ماده ۲۳۹ ق.م. آمده است: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت؛» طبیعی است در حالتی که متعهد از اجرای تعهد و تسلیم ناتوان باشد، نمی‌توان او را به انجام فعل مشروط یا تسلیم مال اجبار نمود. البته این ماده در واقع ناظر بر تعذر مطلق و موقت است، زیرا وقوع تعذر به‌گونه‌ای که امکان اجرا نه تنها از سوی متعهد، بلکه از سوی دیگران نیز امکان‌پذیر نباشد، موجب عدم دستیابی متعهدله به موضوع تعهد بوده و اساساً موجبی برای فسخ نیست و قرارداد به طور قهری منحل می‌شود. از آنجا که برای متعهدله سبب عدم انجام تعهد تفاوانی ندارد، لذا فرض مذکور در ماده ۲۳۹ ق.م. از این جهت که مشروط‌علیه نمی‌تواند به مورد شرط دست یابد، تحقق یافته است. چنانکه برخی حقوقدانان ناتوانی مالی مشروط‌علیه را در وفای به شرط، خواه اعسار باشد یا تغلیب مشمول ماده ۲۳۹ ق.م. دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۲۱۹)؛ یعنی زمانی که مشروط‌علیه به علت ناتوانی مالی برای مثال نتواند مبیع را تهیه و به تعهد خود یعنی تسلیم مبیع عمل کند.

اما در خصوص تعهدات اصلی وضعیت به خوبی مشخص نیست. از آنجا که بحث این مقاله به این موضوع اختصاص ندارد و بررسی حقوقی تعهدات اصلی متعذر شده در یک قرارداد خود می‌تواند عنوان یک مقاله قرار گیرد، لذا به طور اجمال بیان می‌شود. هنگامی که به علت اجرا نشدن تعهد فرعی یا شرط ضمن عقد، خیار فسخ برای متعهدله وجود دارد، به طریق اولی زمانی که متعهدله از دستیابی به تعهد اصلی و عوض قراردادی محروم شود، باید برای او حق اختیار فسخ قائل شد. به عبارت دیگر، وقتی که متعهدله به این دلیل که نمی‌تواند به تعهدات فرعی حتی به طور موقت دست یابد، امکان فسخ

قرارداد برای وی وجود دارد، لذا باید قائل به این بود که به طریق اولی، اگر وی نتواند به تعهد اصلی یعنی آنچه منظور اساسی او برای انعقاد قرارداد بوده است، دست یابد، حق خواهد داشت قرارداد را فسخ کند. از همین رو در ماده ۴۸۱ قانون مدنی مقرر شده است: «هرگاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل است». در واقع آنچه منظور اصلی عقد بوده، انتفاع از عین مستأجره است که با تلف یا غیر قابل استفاده بودن آن، دلیلی برای ادامه عقد وجود ندارد؛ چه هدف از قرارداد، استیفا از منفعت است و از آنجا که موضوع اجاره یعنی امکان واگذاری قابلیت انتفاع به مستأجر منتفی شده است، عقد منحل می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، صص ۳۱۱ و ۳۶۲)

وضعیت تعهدات اصلی متعذر شده در نظام‌های حقوقی دیگر به ویژه در فرانسه^۲، انگلیس^۳ و آمریکا روشن‌تر از حقوق ما است و حتی در برخی نظام‌های حقوقی سخن از تعدیل قرارداد به میان آمده است. برخلاف قانون مدنی، این موضوع مورد توجه فقهای اسلامی نیز بوده است و حتی در خصوص تعذر مالی نیز راهکارهایی هرچند به طور ضمنی ارائه شده است، زیرا مفهوم تعذر در حقوق ما ریشه در فقه دارد و در فقه، تعذر اجرای قرارداد شامل تعذر مالی و غیرمالی می‌شود.^۴ به واقع تعذر اجرا در مفهوم دقیق خود زمانی است که اجرای تعهدات ناشی از قرارداد به علل خارجی متعذر می‌شود و امکان انجام تعهد نه فقط از سوی طرفین قرارداد، بلکه از دیگران نیز سلب می‌گردد. در تعذر مالی نیز همین معنا وجود دارد.

مفهوم لغوی تعذر شامل دشواری در اجرای قرارداد نیز می‌شود؛ به این معنی که تعذر در مفهوم وسیع، علاوه بر ناممکن شدن اجرا، دشواری در اجرای قرارداد را هم در بردارد. اما باید گفت تعذر اجرای قرارداد غیر از تعسر اجرای آن است، زیرا به طور طبیعی اجرای هر تعهدی سختی و دشواریهایی دارد و این مفهوم نباید با تعذر یکی انگاشته شود، حتی در مواقعی که بالا رفتن ناگهانی و غیرمتعارف قیمت‌ها موجب دشوار شدن اجرای قرارداد برای متعهد می‌شود؛ لیکن با وجود این، امکان اجرای تعهد کماکان وجود دارد.

آنچه در این مقاله مورد توجه قرار گرفته، مفهوم دقیق تعذر است و تمامی مباحث حول این نکته مهم، یعنی امکان یا عدم امکان اجرای قرارداد می‌گردد. تفکیک بحث ممکن و ممتنع بودن اجرا ضمن بیان مسئله، روشن می‌سازد که چگونه دشواری اجرا نمی‌تواند در قلمرو مفهوم «تعذر قراردادی» وارد شود. به عبارت دیگر باید بین مفهوم «تعذر قراردادی» و «تعسر قراردادی» تفکیک قائل شد و حکم آن دو و در نتیجه آثار و ضمانت‌اجرائی هر کدام باید جداگانه بیان گردد.

۲. در ماده ۱۲۳۴ قانون مدنی فرانسه، تلف مورد تعهد یکی از طرق سقوط تعهدات ذکر شده است:

Art. 1234.- Les obligations s'eteignent: Par la perte de la chose

۳. در حقوق انگلیس، تعذر اجرا از موارد انحلال به شمار می‌رود که در قالب فراستریشن مطرح می‌شود. به واقع فراستریشن پایان زود هنگام قرارداد در نتیجه اوضاع و احوالی است که قابل انتساب به طرفین

نیست و موجب تعذر اجرای قرارداد می‌شود. Cheshire & Fifoots, 1976, p. 558.

۴. ر.ک. به مبانی فقهی توجیه‌کننده تعدیل قرارداد در همین مقاله.

برای مثال ممکن است در یک قرارداد، بر اثر اوضاع و احوال خارجی و تغییرات ناگهانی قیمت‌ها، هزینه‌های اجرای قرارداد افزایش چشمگیری یابد؛ به گونه‌ای که با آنچه در قرارداد پیش‌بینی شده است، تفاوت فاحشی وجود داشته باشد. در چنین حالتی، در برخی نظام‌های حقوقی سخن از تعدیل به میان آمده است و قاضی می‌تواند متناسب با شرایط قرارداد و نیز عرف حاکم، قرارداد را تعدیل نموده، راه انصاف را در پیش گیرد. در حقوق مدنی ایران این شیوه مورد پذیرش واقع نشده و دادگاه مکلف است بر مبنای اصل حاکمیت اراده و مطابق توافق حاصل از قرارداد به آن رسیدگی کند.

اما به نظر می‌رسد باید از این سنت دیرینه قدری عدول کرد و به استناد برخی مبانی فقهی و حقوقی راه میانه‌ای را در پیش گرفت و چنانکه بیان خواهیم کرد به هنگامی که قرارداد دچار تغییرات اساسی می‌شود و تعادل اقتصادی بر هم می‌خورد از تعدیل قرارداد سخن گفت.

۳. تعذر از نظر عدم توانایی مالی اجرای قرارداد

تعذر اجرای قرارداد بر مبنای زمان وقوع آن به تعذر اصلی و طاری تقسیم می‌شود. به طور معمول تعهد همزمان با قرارداد پدید می‌آید و تعذر اجرای تعهد نیز می‌تواند در زمان وقوع عقد محقق شود؛ بدین معنی که تعهد در لحظه ایجاد از نظر اجرا متعذر باشد. تعذر اجرا چنانچه از نظر زمانی همزمان با حدوث تعهد باشد، تعذر اصلی خوانده می‌شود (لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۸۸۷). این قسم از تعذر شایع‌ترین و مهم‌ترین نوع تعذر است که مباحث مربوط به آن در فقه و در حقوق مدنی غالباً تحت شرط قدرت بر تسلیم مطرح و مورد بررسی قرار گرفته است (حکیم، ۱۳۷۱، ص ۳۹۵ و نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۲، ص ۳۹۰). تعذر اصلی موضوع بحث ما در این مقاله نیست؛ هر چند که ممکن است به مناسبت بحث برخی موضوعات به ویژه در عقود مستمر (مانند عقد اجاره) که تعهدات طرفین با عنصر زمان پیوند خورده است، از چنین تعذری سخن به میان آید. اما در واقع موضوع بحث تعذری است که پس از عقد بر قرارداد طاری شده است. یعنی مفروض این است که تعهد، با وجود همه شرایط و ارکان که از جمله آن قدرت بر تسلیم، تحقق یافته و آنچه باقی مانده اجرای آن است. زیرا هنگامی که تعذر اصلی است، عقد به لحاظ عدم امکان اجرایی که در همان ابتدای عقد ایجاد شده، باطل است. به عبارت دیگر، اساساً تعهدی ایجاد نشده است تا نوبت به تعذر اجرای آن برسد. (دکتر سنه‌پوری، ۱۹۸۵، ج ۳، ش ۵۸۷، ص ۹۸۳)

تعذر اجرای قرارداد صورتهای مختلف دیگری نیز دارد؛ تعذر بر مبنای عدم توانایی اجرای تعهد توسط شخص متعهد یا دیگران، به مطلق و نسبی؛ از جهت عدم اجرای موضوع تعهد، به کلی و جزئی، به سبب علل وجودی آن، به تعذر واقعی و اعتباری (حکمی و قانونی)؛ بر مبنای طول زمان و استمرار تعذر، به دائمی و موقت؛ به اعتبار قلمرو شمول آن بر تعهد، به عام و خاص؛ و به اعتبار عدم توانایی مالی متعهد، به مالی و غیر مالی تقسیم می‌شود که ما به مناسبت موضوع فقط به تعذر مالی و غیر مالی اشاره می‌کنیم.

الف) تقسیم تعذر به مالی و غیرمالی

در مواقعی که اجرای قرارداد به لحاظ امکان اجرای مادی غیرقابل انتساب به طرفین متعذر می‌شود یا با وجود امکان مالی متعهد به حکم قانون انجام تعهد ناممکن می‌گردد، در این وضعیت با تعذر غیر مالی روبرو هستیم. برای مثال هنگامی که پس از عقد و قبل از اجرای تعهد، موضوع تعهد تلف می‌شود، اجرای قرارداد متعذر می‌گردد. در این شرایط صرف نظر از آمادگی مالی متعهد برای اجرا، حتی از طریق دیگران انجام تعهد امکان پذیر نیست و عدم امکان اجرا ارتباطی با وضعیت مالی وی ندارد. (اسکویی، ۱۳۸۹، ص ۱۱)

اما برخی اوقات بدون آنکه اجرای تعهدات ناشی از قرارداد به لحاظ مادی غیرممکن شود یا به موجب مقررات ممنوع گردد، به لحاظ عدم توانایی مالی متعهد، اجرای قرارداد متعذر می‌شود و آن زمانی است که به علت تغییر ناگهانی شرایط اقتصادی متعهد، وی در چنان وضعیتی قرار می‌گیرد که امکان اجرای قرارداد برای وی میسر نیست. در واقع علتی که سبب تعذر اجرای قرارداد می‌شود، به خود قرارداد و یا شرایط مادی و اعتباری اجرا مربوط نیست، بلکه مربوط به وضعیت مالی شخص متعهد است. فرض آن است که ناتوانی مالی متعهد پس از انعقاد قرارداد و قبل از اجرا او را در شرایطی قرار می‌دهد که قادر به انجام تعهد خود نیست. به طور معمول این شرایط در صورت بروز تغییرات ناگهانی اقتصادی مربوط به متعهد و یا در سطح وسیع تر از آن به وجود می‌آید. این تغییرات ناگهانی به گونه‌ای است که امکان اجرای قرارداد را از متعهد سلب می‌نماید و وی حتی با به کارگیری تمامی توان و تلاش خود و بسیج امکانات مالی و اعتباری، قادر به اجرای قرارداد با شرایط اولیه پیش‌بینی شده در قرارداد نیست. هرچند ناتوانی مالی متعهد در انجام تعهد، باید یکی از موارد تعذر نسبی به شمار آید (نه مطلق)، زیرا امکان اجرای تعهد تنها از سوی متعهد سلب شده است و همچنان اجرای تعهد توسط دیگران وجود دارد (مثل ساخت ملک)، لیکن از آنجا که متعهدله نمی‌تواند در عمل اجرای تعهد را از طریق دیگران بدون پرداخت هزینه مطالبه کند، و اصل آن است که برای انجام کار هزینه مطالبه شود، در واقع تعهد به طور مطلق متعذر گردیده است.

همچنین عدم توانایی انجام تعهد باید تمام زمان اجرای عقد را فرا گرفته و دائمی باشد، زیرا هنگامی که مدت زمان تعذر محدود و از نظر عقلی امکان اجرا محتمل باشد، اصل بر انجام عقد است و حتی خسارتی بابت این تأخیر قابل پرداخت نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۲۰۱). ولی باید مدت زمان تأخیر در اجرا از دید عرف قابل اغماض باشد و یا این تأخیر تا جایی قابل قبول است که زمان مهم نباشد، اما هرگاه اجرای تعهد در موعد مقرر برای متعهدله اهمیت داشته باشد، تأخیر اجرا سبب انتفای قرارداد می‌شود. به عبارت دیگر، هرگاه اجرای تعهد و زمان دارای وحدت مطلوب باشد، تعذر موقت نیز موجب زوال قرارداد و در نتیجه انتفای تعهد می‌شود، زیرا در برخی موارد، تأخیر در حکم عدم اجراست. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۱۵)

ب) تعذر مالی ناشی از وضعیت متعهد یا خارج از آن

ناتوانی مالی که موجب عدم انجام تعهد قراردادی می‌شود، گاه به شرایط اقتصادی خارج از کنترل متعهد مربوط می‌شود که علاوه بر وی، اشخاص دیگری را به چنین وضعیتی دچار می‌سازد. گاه بدون آنکه شرایط اقتصادی جامعه دچار نوسان‌های شدید گردد، به علل دیگر متعهد دچار ناتوانی مالی می‌شود. به عبارت دیگر، ناتوانی مالی مربوط به شخص متعهد است و شرایط اقتصادی که به عنوان یک علت خارجی برای متعذرشدن اجرا دخالت دارد، همواره صادق نیست. با این توضیح که در برخی موارد بر اثر حوادث ناگهانی و پیش‌بینی نشده در اجرای تعهدات مستمر، اجرای قرارداد به‌طور غیرمعارف و غیرقابل تحمل، پرهزینه و گزاف می‌شود به‌گونه‌ای که امکان اجرا را از متعهد سلب می‌کند. اما در برخی موارد بدون آنکه تغییری در قیمت‌ها رخ دهد، به علل دیگری وضعیت مالی متعهد به صورتی درمی‌آید که اجرای تعهد برای او دشوار می‌شود؛ مثلاً به سبب بی‌تدبیری دچار ورشکستگی شده و قدرت اجرای تعهد از او سلب می‌گردد. اگرچه ممکن است در آثار و ضمانت اجرای تعذری که صرفاً مربوط به عدم توانایی مالی متعهد است با تعذری که به سبب تغییر ناگهانی قیمت‌ها رخ می‌دهد، تفاوت قائل شد، ولی هر دو، یک نتیجه مشخص را در بردارد و آن تعذر اجرای قرارداد است. ولی تعذر مالی اجرای قرارداد را باید در صورتی فرض کرد که علل خارجی و غیرقابل انتساب به طرفین قرارداد، سبب ناتوانی مالی متعهد شده، در نتیجه اجرای تعهد برای او ناممکن شود و نباید آن را آنچنان تفسیر کرد که بی‌تدبیری و سهل‌انگاری او را در بر گرفته و موجب آن شود که متعهدله تاوان بی‌مبالاتی متعهد را بپردازد.

در حقوق فرانسه نیز علت خارجی موجب رهایی متعهد از جبران خسارت است. از این رو در ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه آمده است: «در صورت اقتضا متعهد خواه به دلیل عدم اجرای تعهد، خواه به دلیل تأخیر در اجرا به پرداخت خسارت محکوم می‌شود؛ مشروط بر آن که نتواند ثابت کند که عدم اجرا، ناشی از علت خارجی غیر منتسب به اوست...» و در ماده ۱۱۴۸ آمده است: «هرگاه متعهد بر اثر قوه قاهره یا حالت غیرمترقبه از تأدیه یا انجام آنچه که بر آن ملزم بوده، یا از خودداری از آنچه که بر او ممنوع بوده است، بازداشته شود، جایی برای پرداخت ضرر و زیان نیست.»^۵

۴. تفاوت تعذر با عدم امکان اجرای قرارداد و قوه قهریه**(فورس ماژور یا فراستریشن)**

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، تعذر زمانی معنا و مفهوم پیدا می‌کند که اجرای قرارداد به عللی که قابل انتساب به متعاقدين نیست، غیرقابل اجرا گردد و این موضوع و شرایط

5. Art. 1148- Il n'y a lieu a` aucuns dommages et interest lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuity, le debiteur a ete empeche de donner ou de faire ce a` quoi il etait oblige, ou a fait ce quoi lui etait oblige, ou a fait ce quoi lui etait interdit.

ایجاد و حدوث تعذر را نزدیک به موضوع قوه قهریه در حقوق ایران، فورس ماژور در حقوق فرانسه و فراستریشن در حقوق انگلیس می‌کند و ممکن است این سؤال مطرح شود که تعذر چه تفاوتی با آنها دارد. همچنین از آنجا که تعذر اعم از مالی و غیرمالی موجب عدم امکان اجرای قرارداد می‌شود، شاید این سؤال به ذهن متبادر گردد که به واقع تفاوت تعذر با عدم امکان اجرای قرارداد چیست؟

اگرچه پاسخ به این سؤال‌ها بسیار مفصل است، لیکن برای روشن شدن تفاوت تعذر با موارد سؤال شده به طور خلاصه بیان می‌شود که صرف عدم امکان اجرای قرارداد برای تحقق تعذر کافی نیست و از آنجا که علت وقوع تعذر، یک امر خارجی است، پس علاوه بر وقوع، باید دارای شرایط و اوصافی باشد که بتوان با وقوع آن متعذرشدن قرارداد را پذیرفت؛ لذا تعذر با مفهومی که بعضی آن را فورس ماژور یا قوه قاهره در نظر گرفته‌اند یکی نیست، بلکه رابطه تعذر با قوه قاهره رابطه عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر فورس ماژوری در قالب تعذر قرار می‌گیرد، اما هر تعذری الزاماً فورس ماژور یا قوه قهریه به شمار نمی‌رود. به عبارت دیگر، علت خارجی عنوانی عام برای همه مصادیق تعذر اجرای قرارداد است که نمونه‌هایی بارز آن شامل قوه قاهره، فورس ماژور و فراستریشن است، لیکن تعذر اجرای قرارداد صرفاً با وقوع چنین مصادیقی به وجود نمی‌آید. در مورد تعذر مالی که در واقع امکان اجرای تعهد برای متعهد متعذر می‌شود، غالباً در مواردی است که با قوه قاهره ارتباطی ندارد.

از سویی مفهوم تعذر از مفهوم «عدم اجرا» نیز محدودتر است؛ بدین گونه که عدم اجرا اعم از تعذر است، زیرا اولاً ممکن است عدم اجرا ناشی از تعذر نباشد؛ ثانیاً ممکن است عدم اجرا با سوءنیت متعهد متخلف صورت گیرد، حال آنکه در تعذر، مسئله سوءنیت متعذر مطرح نیست، بلکه صرفاً انجام تعهد به سبب عواملی که خارج از اختیار متعهد است، متعذر می‌گردد. از این رو بعضی از نویسندگان حقوق مدنی این واژه را ذیل مباحث فورس ماژور و علل خارجی آورده و معادل آنرا ممتنع بودن دانسته‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۱، ش ۱۲۸۳). از آنجا که در ماده ۲۴۰ قانون مدنی چنین آمده است: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت؛ مگر اینکه امتناع مستند بر فعل مشروطه باشد». این معنی در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.ایران آمده است. (لنگرودی، همان). حال آنکه در شرایطی که متعهد به علت عدم درک صحیح از مسائل اقتصادی، عدم رعایت نظام‌های تجاری و اهمال در روابط و داد و ستد تجاری دچار ناتوانی مالی شود، نمی‌تواند به استناد تعذر اجرا از مسئولیت تعهداتی که به عهده گرفته است رهایی یابد.

۵. آثار تعذر مالی متعهد بر قرارداد

الف) انحلال اختیاری و قهری قرارداد

انحلال قرارداد به موقت یا دائم بودن تعذر بستگی دارد که می‌تواند اختیار فسخ قرارداد را برای متعهدله فراهم آورد یا بدون آنکه سرنوشت عقد در اختیار طرفین باشد، قرارداد به طور قهری منحل گردد.

بحث خیار تعذر اصولاً در تعذر مطلق و موقت مفهوم می‌یابد. مقصود از تعذر موقت، صورتی از تعذر است که برای زمان محدودی طاری می‌گردد که اولاً قابل اغماض نیست، ثانیاً اجرای تعهد در محدوده زمانی که تعذر تمام آن را فرا گرفته است به نحو وحدت مطلوب مورد نظر متعهدله نیست، زیرا در صورت تعذر مطلق و دائم، قرارداد به طور قهری منحل می‌شود (اسکویی، ۱۳۹۱، ص ۴۸). از این رو در ماده ۴۸۳ ق م آمده است: «اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه‌ای کلاً یا بعضاً تلف شود، از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود.» هم چنین در ماده ۴۹۶ آمده است: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود.»

در مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در صورت تعذر تسلیم، برای طرف دیگر حق فسخ در نظر گرفته شده است؛ بنابراین فسخ قرارداد به عنوان راه حل نهایی در اختیار مشتری ناراضی قرار داده شده است و کنوانسیون فسخ را جز در موارد محدود نمی‌پذیرد. در واقع به نظر می‌رسد دیدگاه جدید حقوقی از نظریه سنتی فاصله گرفته است و در مقررات جدید تجارت بین‌الملل کمتر از آثار قهری و خارج از اراده طرفین مقررهای مشاهده می‌شود.

در مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در صورت ایجاد حق فسخ می‌بایست بدو به موقع اعلام شود و مشتری حق خود را در اعلام فسخ قرارداد در صورتی که ظرف مدت معقولی اعلام فسخ نکند، از دست می‌دهد. برای مثال به موجب قسمت ب بند ۱ ماده ۴۹ و با عدم تسلیم کالا ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده، وی می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. نام این حق فسخ را می‌توان خیار تعذر تسلیم نامید. هرچند که در کنوانسیون مزبور در صورت تعذر مطلق و دائم انحلال قرارداد پیش بینی نشده است و تنها راه حل نهایی برای مشتری حق فسخ است. (Honold, pp. 380-389)

بنابراین آثار مترتب بر تعذر مطلق دائمی با موقت متفاوت است. در حالتی که تعذر مطلق و دائمی باشد، قرارداد به طور قهری منحل (منفسخ) می‌شود؛ هرچند که این تعذر عملی باشد. در دعوایی که به سال ۱۹۱۸ م مطرح شد، یک شرکت انگلیسی در مقابل یک شرکت آلمانی متعهد شد که سنگ معدن مس را در خلال سال‌های ۱۹۱۱ تا ۱۹۱۹ م تحویل دهد. پس از وقوع جنگ جهانی اول در سال ۱۹۱۴ م که آلمان و انگلیس طرفین جنگ بودند، قرارداد متعذر و دادگاه به عقیم شدن قرارداد حکم داد؛ هرچند در قرارداد پیش بینی شده بود که در صورت بروز جنگ قرارداد معلق خواهد شد. حدوث تعذر به سبب ممنوعیت قانونی اعلام شده از سوی دولت بود، زیرا اجرای قرارداد به منزله «تجارت با دشمن» تلقی می‌شد، لذا امکان اجرا وجود نداشت (Treitel, Law of Contract, P.796). در حالی که اگر تعذر در مدت زمان محدودی اجرای تعهد را معطل گذارد، قرارداد قابل فسخ است. در حالت تعذر مطلق و موقت متعهد نمی‌تواند تعهد (و تسلیم) را برای مدت محدود نه شخصاً و نه توسط دیگران اجرا کند، از این رو از اجرای آن به طور موقت نیز معاف است. در مقابل به مقتضای معاوضه، متعهدله نیز می‌تواند از انجام مورد تعهد و تسلیم امتناع نماید و همچنین در صورتی که از بقا بر عقد نفعی برای خود نمی‌بیند و حفظ چنین شرایطی موجب ضرر

است، قرارداد را فسخ کند. بنابراین یکی از آثار تعذر مطلق و موقت اختیار فسخ قرارداد است که به نوبه خود اهمیت بسزایی دارد.

لازم به ذکر است که متعهدله در حالت تعذر مطلق و موقت چه در تعهدات اصلی و چه در تعهدات فرعی در صورتی حق فسخ دارد که در ایجاد تعذر دخالت نداشته باشد. (سنه‌وری، ۱۹۵۸، ص ۹۸۶)، اما هنگامی که متعهدله در ایجاد تعذر دخالت داشته و خود اقدام به ضرر خویش کرده باشد، اختیار فسخ معامله را ندارد. اثر مهم اجرای خیار تعذر، انحلال عقد لازم است. انحلال قرارداد تنها ناظر به آینده بوده و آثار آن را از ابتدا بی اثر نمی‌سازد. (طباطبائی، ۱۳۴۰، ص ۱۷۵)

ب) امکان تعدیل قرارداد

در حقوق هنگامی که متعهد به سبب تعذر مالی ناتوان از اجرای تعهد می‌گردد، طرف دیگر حق دارد در صورت عدم امکان الزام، با فسخ قرارداد آنچه را که واگذار کرده است، مسترد کند. اگرچه قول مشهور این است، این اختیار فسخ را بر مبنای خیار تفلیس توجیه می‌کنند، اما به واقع مبنای فسخ قرارداد تعذر مالی متعهد در اجرای تعهد متقابل است.

حال در این فرض ممکن است این سوال مطرح شود که در صورت حدوث تعذر مالی به عنوان یکی از علل غیرممکن شدن اجراء، چرا سخن از تعدیل قرارداد به میان می‌آید، در صورتی که اثر تعذر اجراء اعم از تعذر مالی و غیرمالی بر اساس قواعد حقوقی ایران، انحلال اختیاری یا قهری قرارداد است. به دیگر سخن، اگر قرارداد به عللی خارج از اختیار متعهد ناممکن شود، چگونه می‌توان امر ناممکن را با تعدیل جمع کرد؟

این سخن در جای خود درست است و در حقیقت تعذر مالی به طور مستقیم هیچ تأثیری بر تعدیل تراضی طرفین عقد ندارد و با وقوع تعذر راه پیش‌بینی شده در حقوق ایران به غیر از امکان تعدیل قرارداد است. لیکن بنابه دلایلی که مطرح می‌شود و به زعم ما، اثر ثانوی تعذر می‌تواند علاوه بر فسخ، تعدیل قرارداد را به همراه داشته باشد که این تعدیل ممکن است در طول یا عرض امکان فسخ قرار گیرد. به واقع ناممکن شدن قرارداد در صورت وقوع تعذر مالی متفاوت با سایر اقسام تعذر است که امکان اجرای قرارداد به هیچ وجه میسر نیست؛ در حالی که در تعذر مالی ناممکن شدن اجرای عقد به تعبیری نسبی است، یعنی امکان اجراء با نزدیک کردن خواست طرفین به آنچه که مبنای تشکیل عقد بوده است (از طریق تعدیل قرارداد) وجود دارد و نمی‌توان آن را با فرضی که به سبب تلف عین مستاجر در اثنای مدت سبب تعذر می‌گردد، یکی تلقی کرد.

به طور معمول آنچه در موضوع تعدیل قرارداد مورد توجه قرار می‌گیرد، تغییرات فاحش و ناگهانی مالی و اثر آن در تراضی طرفین یک قرارداد است، ولی در خصوص امکان یا عدم امکان اجرای قرارداد با شرایط جدید سخنی به میان نمی‌آید. به عبارت دیگر، حدوث شرایط جدید مالی حاکم بر قرارداد ممکن است در دو فرض بررسی گردد: یکی اینکه کماکان قرارداد با لحاظ افزایش ناگهانی قیمت‌ها و سخت شدن اجرای آن توسط متعهد قابل اجراء است. دوم اینکه با تمامی تلاشی که متعهد انجام می‌دهد، اجرای قرارداد متعذر است.

به گمان ما بحث تعذر در فرض اخیر مطرح می‌شود و به همین مناسبت نیز می‌توان از امکان تعدیل قرارداد سخن به میان آورد. اما برای روشن‌تر شدن موضوع و اینکه می‌توان به تعدیل استناد نمود، مواردی را مطرح می‌نمائیم:

۱. تعذر اجرای قرارداد به سبب ناتوانی اجرای قرارداد در دو مفهوم کلی، یعنی تعذر مادی و اعتباری جای می‌گیرد. در هر دو قسم، اجرای قرارداد به هیچ‌گونه حتی با به‌کارگیری امکانات و توانایی‌های طرفین و یا اشخاص ثالث ممکن نیست، ولی در تعذر مالی وضع به‌گونه دیگری است و با تغییر شرایط و به عبارت دیگر با تعدیل قرارداد، امکان اجرای قرارداد به‌وجود می‌آید.

۲. فراهم کردن شرایط اجرا و همکاری برای رسیدن به مقصود مشترک متعاقبین، از وظایف و تکالیف طرفین است و آنان مکلف‌اند تا حد امکان این شرایط را تسهیل نمایند. این همکاری و مساعدت در طول قرارداد و به‌طور مستمر باید رعایت گردد و به‌هنگامی که اجرای قرارداد به علت تعذر مالی دشوار می‌شود نیز صادق است. به عبارت دیگر، به‌هنگامی که شرایط مالی خارج از اراده متعهد وضعیت وی را در چنان موقعیتی قرار دهد که نتواند تعهدات خود را با شرایط جدید به انجام رساند، این وظیفه متعهدله است که شرایط اجرا را تسهیل نماید و تنها نمی‌توان انتظار داشت که متعهدله مانع اجرای قرارداد نگردد، بلکه به تکلیفی بیش از دخالت نکردن متعهدله نیاز دارد و آن همکاری وی جهت اجرای تعهد از سوی متعهد است.

۳. در شرایط روبرو شدن با تعذر مالی، فسخ قرارداد (در صورت تعذر موقت) راه حل ثانوی است که در اختیار متضرر قرار می‌گیرد تا از تعهد و قیدی که بقای آن بر ضرر اوست، رهایی یابد. این راه حل موقعی امکان بروز و ظهور می‌یابد که اجرای قرارداد به هیچ‌طریقی ممکن نباشد؛ حال آنکه تعدیل قرارداد امکان اجرای آن را فراهم می‌سازد.

۴. شاید گفته شود که تعدیل قرارداد، تغییر در مفاد تراضی است و بنابر اصل لزوم باید قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از آن محترم شمرده شود و این امر زمانی محقق می‌گردد که نیروی الزام‌آور، طرفین را به آنچه که خود توافق و تراضی نموده‌اند، وادار کند. بنابراین، امکان پایان دادن به قرارداد یا تغییر در مفاد عهد و پیمان بدون توافق جدید طرفین یا به دلایل قانونی وجود ندارد. (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) و تعدیل قرارداد یعنی کاستن از تعهدات متعهد و دور شدن از آنچه منظور و مقصود طرفین بوده که در عقد تجلی یافته است، لذا بدون رضایت متعهدله و به نفع متعهد تعدیل قرارداد فاقد وجاهت است و نیاز به تراضی جدید دارد.

بی‌آنکه در خصوص صحت این سخن کلامی جاری کنیم، در پاسخ می‌گوئیم که اتفاقاً به همین دلیل ما نیز معتقدیم که قرارداد باید تا حد ممکن محترم شمرده شود و هر علتی نباید دستاویز انحلال و گسستن این توافق و تراضی گردد. تعدیل قرارداد به معنای دقیق خود، کاستن از تعهدات یک طرف قرارداد نیست تا نیازی به رضایت طرف دیگر باشد، بلکه در واقع نزدیک کردن تعهدات به آنچه که مبنا و مقصود مشترک طرفین برای انعقاد قرارداد بوده است، می‌باشد. اگر تعهدات یک طرف به یکباره افزوده گردد، بی‌آنکه

در مقابل عوضی دریافت کند، پس چرا نباید در این شرایط از تعدیل قرارداد سخن به میان آید؛ به ویژه زمانی که متعهد تمامی تلاش مادی و معنوی خود را برای اجرای تعهد به کار گرفته است.

۵. معمولاً در شرایط عمومی پیمان به این نکته اشاره می‌شود که در صورت بالا رفتن مصالح و اقلام مصرفی، امکان تعدیل قرارداد وجود دارد. حال این سؤال اساسی مطرح می‌شود که چرا هنگامی که اجرای قرارداد از نظر مالی برای متعهد دشوار می‌شود و امکان اجرا از وی سلب می‌گردد، نباید به تعدیل قرارداد پرداخت؟ تعدیل قرارداد در قلمرو حقوق اداری و قراردادهایی که یک طرف آن دولت است، به علت شیوع موضوع در شرایط عمومی پیمان مورد توجه قرار گرفته است؛ مثلاً با تغییر قیمت مصالح و اقلام مصرفی، امکان تعدیل قرارداد پیش بینی شده است. هرچند این نوع تعدیل، تعدیل قراردادی است، ولی به عنوان یک رویه مشخص در قراردادهایی که یک طرف آن دولت قرار دارد، پذیرفته شده است و در مقررات و بخشنامه‌های مختلف نیز این موضوع تأکید می‌شود. حال چرا نباید این موضوع در محاکم و قانون نیز پیش بینی شود و به عنوان وسیله‌ای برای رعایت عدالت اقتصادی به کار رود. ضمن آنکه دولت به عنوان حافظ حقوق عامه، موظف به رعایت مصلحت مردم است و به طور معمول باید سختگیری بیشتری در خصوص انعقاد قراردادهای دولتی نشان دهد و قاضی نیز در مصلحت بین شخص و جامعه طبیعتاً باید مصلحت جامعه را برگزیند؛ در حالی که در قراردادهای خصوصی مصلحت دو طرف در جامعه به یک اندازه مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و قاضی می‌تواند به کنکاش در خصوص قصد طرفین در انعقاد قرارداد بپردازد و راهی را برگزیند که ضمن رعایت عدالت با بنای نخست طرفین در انعقاد این پیمان سازگاری بیشتری دارد.

۶. توجیه دیگر برای تعدیل قرارداد به هنگامی که اجرا از سوی متعهد دشوار می‌شود، تمسک به قیاس اولویت است؛ یعنی هنگامی که اجرای تعهدات ناشی از قرارداد به علت مشکلات مالی غیرممکن می‌گردد، نخستین راه حل برای طرف دیگر افسخ قرارداد است که در مباحث قبل از آن سخن به میان آمد، حال آنکه می‌توان با قیاس اولویت گفت: به هنگامی که با تعذر مالی روبرو هستیم و حق فسخ را برای متضرر در نظر می‌گیریم، به طریق اولی باید تعدیل قرارداد مورد پذیرش قرار گیرد. پذیرش تعدیل با خواست و مقصود مشترک طرفین نیز سازگاری بیشتری دارد، زیرا همان گونه که بیان شد با توجه به اصل لزوم و اعتبار قرارداد، باید تا حد ممکن از انحلال قرارداد پرهیز شود و قرارداد حفظ گردد؛ لذا تعدیل و اجرای قرارداد به خواست متعاقدين نزدیک تر است.

۷. برابر مفاد اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قاضی موظف است در موارد سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم هر دعوی را صادر نماید. لذا دادگاه می‌تواند در مواقع بروز حوادث پیش بینی نشده و در نتیجه مشکلات مالی اجرای قرارداد، با تمسک به قواعد فقهی نفی عسر و حرج و لاضرر، الزام ناشی از قرارداد را برداشته، حکم به تعدیل (یا فسخ قرارداد) بدهد.

مهم‌ترین مبانی فقهی قاعدهٔ تعذر مبتنی بر قواعدی چون «تعذر وفا به مضمون و مدلول عقد»، «لاضرر» و «لاحرج» است (بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۵، ص ۲۶۶ و نراقی، عواید الایام، ص ۶۱ و میرفتاح، عناوین، ص ۹۹ به بعد). برخی از این قواعد، به عنوان یک اصل تعدیل‌کننده ممکن است بر حسب مورد آثاری مانند حق مطالبه خسارت یا حق فسخ و به زعم ما تعدیل قرارداد را به‌دنبال داشته باشد. در اغلب موارد این اثر در قالب حق فسخ مطرح است و از همین رو به هنگامی که متعهد نمی‌تواند برای مدت زمانی محدود تعهد خود را به انجام برساند، برای جلوگیری از ضرر متعهدله به او اجازه داده می‌شود که با اعمال خیار فسخ از ضرر ناروایی که به او وارد شده است، خود را رها سازد. همچنین اموری که نوعاً از حیطة توانایی و اختیار شخص خارج است، امری حرجی تلقی شده، نمی‌توان تقاضای انجام آن را داشت. این یک قاعدهٔ عقلی و بر این اصل مبتنی است که «هیچ کس به امر محال مأخوذ نیست»، بنابراین به هنگامی که طرفین بر مبنای شرایطی قرارداد را منعقد ولیکن پس از عقد و در اثنای اجرا به سبب عواملی خارج از اراده متعهد، قرارداد متعذر می‌شود، اجرای تعهد با شرایط جدید برخلاف قواعد فقهی فوق است که در مباحث آتی به آن پرداخته می‌شود.

۸. استناد به قاعدهٔ «الجمع مها ممکن اولی من الطرح» نیز می‌تواند توجیه دیگری برای تعدیل قرارداد متعذر شده به سبب مشکلات مالی باشد. این قاعده مبتنی بر عقل است و می‌تواند بین انحلال عقد و اجرا با شرایط ایجاد شده آشتی برقرار کند. در اصول فقه معنای این قاعده آن است که جمع بین مدلول دو دلیل متعارض که متضمن عمل به هر دو دلیل است تا جایی که امکان دارد عمل شود، زیرا عمل به هر دو دلیل بهتر از عمل نکردن به آنهاست. در واقع مجرای قاعده ایجاد سازگاری و رفع تنافی میان مدلول دو دلیل است؛ به‌گونه‌ای که عرفاً و عقلاً پسندیده باشند. در شرایطی که به سبب ناتوانی مالی متعهد که خارج از اختیار وی بوده است، قرارداد راه دیگری را به جز انحلال و ادامهٔ آن (که به واقع امکان اجرای قرارداد وجود ندارد و طرفین را در بلا تکلیفی نگه می‌دارد) در پیش گیرد، تعدیل قرارداد در حقیقت جمع بین این دو است، زیرا هم از انحلال عقد جلوگیری می‌کند و هم با کاستن از شرایط جدید امکان اجرای قرارداد را فراهم می‌سازد. بنابر آنچه گفته شده، دو فرض در تعدیل وجود دارد؛ یا هزینه‌ها به طور سرسام‌آور و غیرمتعارف بالا می‌رود، اما کماکان امکان اجرای قرارداد برای متعهد وجود دارد و یا در برخی اوقات هزینه‌ها به شدت بالا می‌رود، ولی امکان اجرا برای متعهد میسر نیست. به نظر می‌رسد در قسم اخیر که تعذر به معنای حقیقی خود یعنی غیرممکن شدن اجرای قرارداد به عللی خارج از اراده طرفین به وقوع می‌پیوندد، باید قائل به اجرای قاعده بود، اما با این تفاوت که دو فرض قابل تصور است: اول اینکه با توجه به متعذر شدن قرارداد، طرف مقابل می‌تواند از حق حبس یا از خیار فسخ استفاده نماید. اعمال خیار فسخ موافق با قاعده است، ولی متعهدله اختیار دارد که از این حق خود صرف‌نظر نماید و اگر نفعی در بقای قرارداد دارد، برای رفع تعذر منتظر بماند. دوم اینکه با توجه به اصل لزوم و اعتبار قرارداد، باید تا حد ممکن از انحلال قرارداد جلوگیری شود. در این حالت با توجه به اوضاع

و احوال و شرایط حاکم بر قرارداد، باید امکان تعدیل قرارداد را با توجه به خواست و اراده مشترک طرفین فراهم نمود. لذا تعدیل و اجرای قرارداد به خواست متعاقدين نزدیکتر است. علاوه بر این، می‌توان گفت در صورتی که با متعذر شدن قرارداد، امکان فسخ برای جبران ضرر احتمالی در نظر گرفته شود، به طریق اولی تعدیل قرارداد را باید پذیرفت. در تعذر مالی متعهد تمامی تلاش خود را برای انجام تعهد به کار می‌گیرد، لیکن به سبب عدم توانایی مالی امکان اجرای تعهد را ندارد. البته گاه ماهیت تعهد به گونه‌ای است که متعهد می‌تواند بخشی از آن را به انجام برساند و به عبارتی تعهد تجزیه پذیر است. در این صورت وی مکلف است به تناسب توان مالی خود در اجرای بخشی از تعهد خود بکوشد. اما در صورتی که تعهد قابل تجزیه نباشد، طبیعی است که اجرا از همان ابتدا متعذر می‌شود.

موضوع تعدیل قرارداد در حقوق خارجی مبتنی بر نظریه‌های «انتفای قرارداد»^۶ و «انتفای هدف قرارداد»^۷ در حقوق انگلیس، نظریه‌های «فورس ماژور»^۸ و «حوادث پیش‌بینی نشده»^۹ در حقوق فرانسه، و نظریه‌های «غیرعملی شدن تجاری اجرای قرارداد»^{۱۰} و «دشواری»^{۱۱} در حقوق امریکا، و نظریه «الحوادث الطارئه»^{۱۲} در حقوق مصر مطرح شده است.

در حقوق فرانسه بین غیرممکن شدن اجرای تعهد، یعنی فورس ماژور و اوضاع و احوالی که موجب به هم خوردن توازن مالی قرارداد می‌شود، تفاوت وجود دارد. فورس ماژور در حقوق فرانسه به واقعه‌ای غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل کنترل اطلاق می‌گردد که اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد، اما نظریه حوادث پیش‌بینی نشده وقتی اعمال می‌شود که اجرای قرارداد در اثر بروز حوادث ناخواسته و به هم خوردن تعادل و توازن قرارداد بی‌اندازه دشوار شده و از این طریق هزینه‌گزافی بر متعهد تحمیل شود. در حقوق انگلیس نیز تمسک به فراست‌ریشن زمانی است که موضوع قرارداد از بین رفته یا با همان وضعیت قابل اجرا نیست؛ حتی در فرضی که موضوع تعذر کم و بیش برای طرفین قابل پیش‌بینی باشد.^{۱۳}

-
6. Frustration
 7. Frustration of Purpose
 8. Force Majeure
 9. L'Imprévision
 10. Impracticability
 11. Hardship

۱۲. حادثه پیش‌بینی نشده.

13. If The True Foundation Of The Doctrine (Of Frustration) Is That once The Subject – matter of The contract is destroyed or The existence Of a certain state of facts has come to an end , The contact is at an end , That result follows we There or not event Casing it was Contemplated by The Parties « quoted in : Treitel , Law Of Contract, P. 801

۶. مبانی فقهی توجیه‌کننده تعدیل قرارداد در صورت تعذر مالی

الف) استناد به قاعده لاضرر برای تعدیل قرارداد

یکی از معروف‌ترین قاعده‌های فقهی که در طول تاریخ فقه به آن استناد شده و در بسیاری از مسائل سیاسی و اجتماعی مورد استفاده قرار گرفته و نظریه‌های مختلفی پیرامون مفاد و آثار آن ارائه شده، قاعده لاضرر است. این قاعده برخلاف برخی قواعد فقهی دیگر، حتی قاعده نفي عسر و حرج، به طور گسترده در ابعاد غیرعبادی مورد استناد فقها قرار گرفته است (شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۴). بحثی که در این مقاله مورد توجه قرار گرفته، آن است که در مواردی که اجرای تعهد ناشی از قرارداد سبب ضرری گردد، آیا قاعده لاضرر به جبران ضرر حکم می‌کند یا خیر، و آیا این قاعده علاوه بر نفي حکم ضرر، راه حل دیگری را برای جلوگیری از ضرر چون تعدیل قرارداد پیش‌بینی می‌کند. اگرچه در مورد مفاد این قاعده اختلاف نظر وجود دارد، اما فقها در کتب خود به طور گسترده در موارد مختلف به قاعده لاضرر تمسک جست‌اند. برای مثال، می‌توان به سقوط فریضة امر به معروف و نهی از منکر؛ رفع وجوب شهادت در هنگام خوف؛ جعل خیاراتی از قبیل غبن، عیب، تبعض صفقه، حرمت تصرف در حریم املاک احیا شده؛ و تعذر تسلیم در معاملات اشاره کرد.

آنچه برای ما اهمیت دارد این است که بتوانیم با توجه به ادله قاعده لاضرر در مورد تعهد متعهدی که از اجرای آن متضرر می‌گردد، حکم مشخصی را به دست آوریم. حتی در مواردی که ضرر به گونه‌ای است که نفس تراضی را برهم می‌زند، زوال تعهد و یا فراتر از آن، تعدیل قرارداد و تعهدات ناشی از آن بعید به نظر نمی‌رسد.

فقها در توجیه قاعده لاضرر نظریات مختلفی را بیان داشته‌اند که در توجیه تعدیل قرارداد می‌توان به آنها استناد کرد، زیرا یک اصل مهم در قاعده فوق جبران ضرر است. از این رو برخی از فقها با تفاوت بین ضرر متدارک، مثل خمس و زکات و غیرمتدارک، مثل وارد کردن خسارت به شخصی، معتقدند به حکم اینکه ضرر در شریعت اسلام نفي شده است، باید در برابر این زیان تدارک و جبرانی وجود داشته باشد (میرفتاح، عناوین، ص ۹۹ به بعد و انصاری، مکاسب، ص ۳۷۲). در تعذر مالی نیز این معنا صادق است، چه اجرای قرارداد به سبب ناتوانی مالی متعهد با همان شرایط از پیش تعیین شده وجود ندارد و از آنجا که ادامه قرارداد به ویژه با فقدان ضمانت اجرای به موقع تعهد، ضرری را متوجه متعهد می‌کند که شریعت اسلام به آن حکم نکرده است، لذا می‌توان برای دفع ضرر به تعدیل قرارداد اقدام نمود. بنابراین فرقی نمی‌کند که قائل به آن باشیم که منظور از قاعده، نفي حکم ضرر است (علامه نراقی، عوائد الایام، ص ۵۱ به بعد و انصاری، مکاسب، ص ۳۷۲) یا آن چنان که برخی از فقها مطرح نموده‌اند نفي حکم به لسان نفي موضوع (علامه نائینی، منیه الطالب، ج ۲، ص ۳۰۱).

به واقع در اثر قرارداد متعذر شده، ضرر مفروض است. حتی این ضرر در برخی از مواقع برای متعهدله نیز قابل تصور است. برای مثال، هنگامی که ضمانتی در خصوص

اجرای به موقع تعهد پیش‌بینی نشده و تنها راه حل ممکن انحلال قرارداد است، این مسیر برای متعهدله به سبب تغییرات فاحش قیمت‌ها خود موجب ضرری دیگر است، لیکن با اندک تعدیل منطقی می‌توان قرارداد را اجرا نمود. در این شرایط به جای فسخ قرارداد، بهتر است با تعدیل آن هم قرارداد حفظ و هم ضرر موجود دفع گردد. بر همین مبنا می‌توان برای جلوگیری از ضرر متعهدله، این حق را قائل بود که امکان استفاده از این شیوه در دادگاه با درخواست متعهدله امکان‌پذیر است. به واقع تعدیلی که از آن سخن به میان آمده، جمع بین تعدیل قضایی و قراردادی است که از یک سو متکی به نظر متعهدله برای ارجاع آن به دادگاه و از سوی دیگر، میزان تعدیلی که باید انجام شود در اختیار قاضی است که با توجه به عرف و قراردادهای مشابه در حال اجرا نظر خود را اعلام دارد؛ چه اگر قرار باشد این اختیار نیز به نظر متعهدله واگذار گردد، دیگر تعدیل قرارداد معنا و مفهوم خود را از دست داده، سرنوشت عقد در اختیار یک طرف قرارداد قرار می‌گیرد.

برای توجیه قاعده لاضرر، فقها علاوه بر آیات و روایات معروف سمره بن جندب، به بنای عقلا به عنوان یکی از دلایلی که در بسیاری از احکام فقهی مور استناد قرار می‌گیرد، تمسک جسته‌اند. گفتنی است، نقش و جایگاه بنای عقلا در استنباط احکام الهی بسیار حائز اهمیت است. قاعده لاضرر بی‌تردید یک قاعده عقلایی است و حتی اگر هیچ آیه یا روایتی نیز در خصوص جبران ضرر وجود نداشت، به استناد بنای عقلا این امر مورد تأیید بود. در خصوص تعذر مالی نیز عقل و منطق حکم می‌کنند در صورتی که امکان اجرای قرارداد با شرایط فوق برای یکی یا هر دو طرف قرارداد سبب ضرر شود و از سویی می‌توان با اندک تغییری دفع ضرر نمود، تعدیل قرارداد را باید به عنوان شیوه‌ای برای دفع ضرر ناروا قبول کرد. شاید گفته شود ضرر فوق در هر قراردادی که به سبب بالا رفتن قیمت‌ها اتفاق می‌افتد وجود دارد و اگر قرار باشد با وقوع تعذر مالی تعدیل قرارداد به عنوان یک قاعده پذیرفته شود، ثبات معاملات برهم می‌خورد. لیکن در پاسخ باید گفت، تعذر مالی یا عدم امکان اجرای قرارداد در صورت ناتوانی مالی متعهد به سببی خارج از اراده متعهد است و همه صوری که به سبب بالا رفتن قیمت‌ها و موجب پرهزینه شدن اجرا می‌گردد شامل تعدیل نمی‌شود؛ اگرچه در برخی از نظام‌های حقوقی در این خصوص نیز به استناد قواعد عدالت و انصاف در جهت تعدیل قرارداد اقدام می‌شود، لیکن نمی‌توان چنین شیوه‌ای را در حقوق ایران که اصل موضوع محل تردید است، پذیرفت. به عبارت دیگر، تنها در صورتی می‌توان تعدیل قرارداد را قبول کرد که قرارداد به سبب حدوث تعذر مالی قابلیت اجرا نداشته باشد. اما اگر با وجود گزاف شدن هزینه‌های اجرا، هرچند غیرممتعارف، کماکان امکان وفای به عهد ولو با سختی میسر باشد، نمی‌توان سخن از تعدیل به میان آورد.

بنابراین اگر پس از ایجاد تعهد و به واسطه حوادث خارجی اجرای قرارداد ناممکن گردد و این امر مستلزم ورود ضرر باشد، قاعده لاضرر به عنوان یک قاعده تعدیل‌کننده می‌تواند هم امکان فسخ قرارداد را فراهم سازد و هم تعادل برهم ریخته را سامان بخشد که در این وضع چاره‌ای جز نزدیک کردن قرارداد به آنچه که طرفین به هنگام عقد به آن توجه داشته‌اند، نیست. در اغلب موارد این موضوع در قالب حق فسخ مطرح است، از همین رو

هنگامی که متعهد نمی‌تواند برای مدت زمانی محدود تعهد خود را به انجام برساند، برای جلوگیری از ضرر متعهدله به او اجازه داده می‌شود که با اعمال خیار فسخ از ضرر ناروایی که به او وارد می‌آید خود را رها سازد. با توجه به مطالب گذشته مشخص می‌شود که قاعده لاضرر یک قاعده کلی در خصوص جلوگیری از ضرر است، اما در مورد نوع جبران یا اقدامی که غرض شارع را تأمین می‌کند ساکت است. چرا نباید تعدیل قرارداد به عنوان یکی از شیوه‌های دفع ضرر به کار گرفته شود؟ بنابراین برای دفع ضرر مانند عمل پیامبر (ص) در موضوع روایت سمره بن جندب، پیش بینی تعدیل در کنار فسخ قرارداد می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. البته روشن است که زمانی می‌توان از این قاعده کمک گرفت که بین ضرر متعهد و متعهدله تراحم باشد، نه تعارض که در این صورت با در نظر گرفتن اولویت‌ها، یکی بر دیگری ترجیح داده می‌شود.

ب) استناد به قاعده لاجرح برای تعدیل قرارداد

علاوه بر قاعده لاضرر، استناد به قاعده لاجرح در خصوص امکان تعدیل قرارداد متعذر شده نیز مفید است. در اصطلاح فقهی، منظور از این قاعده تکالیفی است که موجب مشقت و سختی برای مکلف است و در دین وضع نشده است: «ما جعل علیکم فی دین من حرج» (سوره مبارکه حج، آیه ۷۸) علاوه بر آیات و روایات متعددی که در خصوص نفی عسر و حرج مطرح شده^{۱۴} تمسک به بنای عقلا نیز در توجیه نفی امور حرجی قابل طرح است. البته همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، نه موضوع مقاله و نه موضوع این قاعده در خصوص هر امر حرجی نیست، بلکه منظور امر غیرقابل تحمل است؛ زیرا بسیاری از احکام اسلام دارای سختی است، مثل روزه گرفتن در فصل تابستان یا اجرای تعهداتی که به سبب بالا رفتن قیمت‌ها برای متعهد دشوار است،^{۱۵} لیکن به هنگامی که این دشواری به مرحله عدم امکان اجرا می‌رسد، قاعده فوق به عنوان یک قاعده تعدیل‌کننده می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. چه هر چیزی که مردم به آن فرمان داده شده‌اند، در حد توانایی آنهاست و اگر چیزی خارج از توان و طاقت آنها باشد، از عهده آنان نیز خارج است (بجنوردی، قواعدالفقهیه، ج ۱، ص ۲۱۰)، لذا برای رفع حرج، احکام ثانوی جایگزین احکام اولیه می‌شود که مثال‌های فراوانی در باب عبادات در کتب فقهی مطرح شده است. در خصوص تعذر مالی نیز همین معنا مشابه آنچه که در عبادات مطرح است با اندک تسامحی صادق است؛ یعنی به هنگام حدوث تعذر مالی، حکم ثانویه می‌تواند تعدیل قرارداد باشد، زیرا خواستن

۱۴. سوره مبارکه حج، آیه ۷۸؛ سوره مبارکه بقره، آیات ۱۸ و ۲۸۰؛ سوره مبارکه مائده، آیه ۶.

۱۵. بر اساس قاعده نفی عسر و حرج، هر چیزی که موجب مشقت باشد، عقلاً محال است، زیرا انگیزه تکالیف اطاعت است و این هدف با تکلیف به «امر غیر قابل تحمل» نقض می‌شود، لیکن بسیاری از تکالیف چون جهاد یا قصاص با حرج و سختی است، در این خصوص پاسخ داده شده است که ما با دو نوع احکام حرجی روبرو هستیم؛ بعضی از احکام از ابتدا و اصل با وجود حکم حرجی تشریح شده‌اند و بعضی دیگر در اوضاع و احوال خاص، حرج بر آنان عارض می‌شود. در واقع نظر شارع بر نوع دوم بوده، نه بر نوع اول که به طور خاص از این قاعده خارج است (محقق داماد، قواعد فقه، ج ۲، ص ۷۱).

آنچه که خارج از توان متعهد است، امری قبیح شمرده می‌شود که شارع به آن امر نکرده است و لذا در صورتی که به سبب تعذر مالی امکان اجرای قرارداد وجود ندارد، سقوط تکلیف وفای به عهد پیش‌بینی شده است. سقوط تکلیف مالایطاق عقلی و مورد پذیرش عرف است و می‌توان در کنار حق فسخ، تعدیل قراردادی را برای رفع تکلیف مالایطاق مورد استفاده قرار گیرد.

چگونگی امکان تعدیل

چگونگی اجرای عملی تعدیل قرارداد جای بحث دارد و از آنجا که اصل موضوع مناقشه‌برانگیز است، سخنی از شیوه اجرای آن به میان نیامده است. با مباحثی که مطرح شد، این نتیجه به دست می‌آید که امکان تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی وجود دارد، لیکن شیوه اجرای آن باید با کمی دقت همراه باشد. به نظر می‌رسد برای کاربردی کردن این نظر می‌توان به طرف متضرر این اختیار را داد که در انتخاب یکی از آن دو (فسخ یا تعدیل قرارداد)، بدون اینکه آنها در طول هم فرض شود، آزاد باشد. اگر نفعی در بقای قرارداد حتی با ارجاع آن به قاضی برای متعادل کردن شرایط قرارداد می‌بیند، از این حق خود استفاده نماید؛ وگرنه با اعمال حق فسخ، خود را از این قید رها کند. اگرچه این مطلب نباید از نظر دور بماند که به جز حق فسخ، تنها راه ممکن تعدیل قرارداد است؛ یعنی هنگامی که متعهد به سبب عدم توانایی مالی با همه شرایطی که بیان شد، متعذر از اجرای تعهد می‌گردد، قاضی می‌تواند راساً دست به تعدیل قضایی بزند، بی‌آنکه طرف دیگر بتواند قرارداد را فسخ نماید. بنابراین می‌توان گفت که اثر تعذر بر قرارداد و در پی آن امکان تعدیل قرارداد، صرفاً در صورت وقوع تعذر مالی اتفاق می‌افتد و از آن نمی‌توان یک قاعده کلی استخراج کرد و برای همه مواقعی که قرارداد متعذر می‌شود استفاده نمود.

معافیت متعهد از تدارک خسارت در صورت وقوع تعذر

اصل لزوم قراردادهای طرفین قرارداد را ملزم به ایفای تعهدات می‌کند. به طور معمول عدم اجرای قرارداد، اجبار متعهد به جبران خسارت را به همراه دارد. اما این به آن معنی نیست که هرگاه اجرای تعهد با مانع روبرو شود، متعهد مکلف است خسارت بپردازد. از این رو هرگاه متعهد با توسل به عذر موجه ثابت کند که متعذر شدن اجرای تعهد خارج از اراده اوست، از مسئولیت پرداخت خسارت رهایی می‌یابد. به عبارت دیگر، زمانی متعهد مکلف به پرداخت خسارت می‌شود که قرارداد به واقع متعذر شده باشد. این موضوع نه تنها در حقوق ایران بلکه در سایر نظام‌های حقوقی نیز وضعیتی مشابه دارد. در حقوق فرانسه نیز علت خارجی موجب رهایی متعهد از جبران خسارت است؛ از این رو در ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه آمده است: «در صورت اقتضا متعهد خواه به دلیل عدم اجرای تعهد، خواه به دلیل تأخیر در اجرا، به پرداخت خسارت محکوم می‌شود؛ مشروط بر آن که اثبات نکند که عدم اجرا ناشی از علت خارجی غیر منتسب به اوست...» و در ماده ۱۱۴۸ آمده است: «هرگاه متعهد بر اثر قوه قاهره یا حالت غیر مترقبه از تأدیه یا انجام آنچه که بر آن ملزم

بوده، یا از خودداری از آنچه که بر او ممنوع بوده است، بازداشته شود، جایی برای پرداخت ضرر و زیان نیست.^{۱۶} در حقوق انگلیس نیز معافیت متعهد با وقوع تعذر و فراستریشن مفروض انگاشته شده است و با عدم امکان اجرای قرارداد، قرارداد منحل و در پی آن طرفین قرارداد از مسئولیت مبرا می‌گردند (Derek, Law of Contract, p.405). نظریه معافیت از اجرا و مسئولیت به لحاظ تعذر اجرای تعهد، سابقه‌ای دیرینه دارد و در اغلب نظام‌های حقوقی و همچنین فقه مطرح شده است.

نتیجه

در حقوق ایران تعدیل قراردادی که به سبب ناتوانی مالی متعهد متعذر شده، به بررسی بیشتری نیازمند است. دلایل مختلفی برای این توجیه وجود دارد، یکی از این دلایل، تمسک به قیاس اولویت است؛ یعنی زمانی که به متعهدله اجازه داده می‌شود در صورت تعذر مالی قرارداد را فسخ کند، پس به طریق اولی بنابه مراتبی که ذکر شد، باید امکان تعدیل قرارداد را امکان‌پذیر دانست. اگرچه تعدیل قرارداد در حقوق خارجی جایگاه خاصی دارد، لیکن نباید چنین تصور شود که این موضوع در حقوق ایران بیگانه است. از آنجا که اساساً حقوق ایران با فقه درآمیخته است، بنا به دلایلی که پیش‌تر مطرح شد، استناد به مبانی فقهی برای توجیه تعدیل قرارداد قابل تأمل و بررسی است. پذیرش تعدیل با خواست و مقصود مشترک طرفین نیز سازگاری بیشتری دارد، زیرا با توجه به اصل لزوم و اعتبار قرارداد، باید تا حد ممکن از انحلال آن پرهیز شود. به نظر می‌رسد در صورت وقوع تعذر مالی، این متعهدله است که می‌تواند در خصوص فسخ یا تعدیل قرارداد تصمیم بگیرد. اگر نفعی در بقای قرارداد حتی با ارجاع آن به قاضی برای متعادل کردن شرایط قرارداد می‌بیند، از این حق خود استفاده کند؛ در غیر این صورت می‌تواند با اعمال حق فسخ، خود را از این قید رهایی بخشد.

منابع:

۱. انصاری (شیخ مرتضی): مکاسب، یک جلدی، چاپ سنگی، تبریز، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۵ هجری.
۲. بجنوردی (سید میرزا حسن): قواعد الفقهیه، در ۵ مجلد، طهران، من منشورات الصدر، الطبعة الثانية، و همچنین چاپ دوم، ۱۳۷۲، انتشارات میعاد و همان عنوان، ۱۳۲۴، انتشارات دلیل ما، قم.
۳. بنایی اسکویی (مجید): مطالعه تطبیقی بطلان اجاره، مجله علمی-پژوهشی حقوق و سیاست، دانشگاه علامه طباطبایی (ره)، ش ۲۸، ۱۳۸۹.
۴. بنایی اسکویی (مجید): انحلال قهری و اختیاری قرارداد متعذر شده، نشریه دوفصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی، دانشگاه پیام نور ش ۲، ۱۳۹۱.
۵. حر عاملی (محمد بن حسن): وسائل الشیعه، چاپ سنگی، بی تا.
۶. جعفری لنگرودی (محمد جعفر): مبسوط در مینولوژی حقوق، ج ۱، ۱۳۸۱، انتشارات گنج دانش.

16 - Art. 1148- Il n'y a lieu a` aucuns dommages et interest lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le debiteur a ete empeche de donner ou de faire ce a` quoi il etait oblige, ou a fait ce quoi lui etait oblige, ou a fait ce quoi lui etait interdit.

۷. حکیم (سید محسن): نهج الفقاهه، شرح بر مکاسب، چاپ سربی، ۱۳۷۱ هجری.
۸. خراسانی (محمد کاظم): حاشیه بر مکاسب، چاپ سنگی، بی تا.
۹. شهیدی (مهدی): سقوط تعهدات، ۱۳۸۸، انتشارات مجد.
۱۰. کاتوزیان (ناصر): قواعد عمومی قراردادها، ۵ مجلد، ۱۳۷۶، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ دوم.
۱۱. کاتوزیان (ناصر): حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۱، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۷۱، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
۱۲. سنهوری (عبدالرزاق احمد): الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد ۳، قاهره، ۱۹۵۸، مکتبه النهضه المصریه.
۱۳. طباطبایی یزدی (سید محمد کاظم): سئوال و جواب، نجف، ۱۳۴۰ هجری و سئوال و جواب: استفتائات و آراء فقیه کبیر
۱۴. غروی نائینی (حاج شیخ محمد حسین): منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، جلد ۱، تهران، چاپخانه حیدری.
۱۵. انیس (ابراهیم) و همکاران: المعجم الوسیط، الجزء اول و الثانی، چاپ هفتم، ۱۳۷۶، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۱۶. طریحی (شیخ فخر الدین): مجمع البحرین، ۶ جلد، انتشارات مکتب مرتضوی، ۱۴۱۶، تهران.
۱۷. الافریقی المصری (ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم ابن منظور): لسان العرب، ۱۵ جلد، چاپ سوم، دار صادر، ۱۴۱۴، بیروت لبنان.
۱۸. فراهیدی (خلیل بن احمد): العین، ۸ جلد، چاپ دوم، ۱۴۱۰، چاپ منشورات الهجره، قم.
۱۹. قریشی (علی اکبر): قاموس قرآن، ج ۳-۴، چاپ سوم، سال ۱۳۶۱، دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. لنگرودی (محمد جعفر): دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران، ۱۳۷۳، انتشارات سپهر و ۲۵۳۷، نشر مشعل آزادی.
۲۱. محقق داماد (سید مصطفی): قواعد فقه، بخش مدنی، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۷۴.
۲۲. مراغه ای (میر فتاح): عناوین، چاپ سنگی، بی تا و با همین عنوان، موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم.
۲۳. مهیار (رضا): فرهنگ ابجدی عربی - فارسی، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰، تهران.
۲۴. نجفی (شیخ محمد حسن): جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد های ۴ و ۲۲ و ۲۵ و ۲۷، چاپ ششم، ۱۳۹۴ هجری، دارالکتب الاسلامیه و همان عنوان، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶ هجری شمسی.
۲۵. نراقی: عواید الايام، چاپ سنگی، بی تا.

26. Cheshire & Fifoot's, Law of contract, Butterworth.9th ed, London, 1976.
27. Derek (Roebuck), Law of Contract (Text & Materials), The Law Book Co. Ltd, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1974.
28. Honnold (John), Uniform Law for International Sales, Second Edition, Philadelphia, 1991.
29. Schlechtrm (Peter), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods,
30. Second Edition (translated by Geoffrey Thomas), 1991.
31. Treitel (G.H), Law of Contract, Sweet & Maxwell, 8th ed, London, 1991.