



The Foundations and Effects of “Hell or High Water Clause” in Common Law with a Comparative Study in Iranian Law

*Mohadese Eftetahi*¹ / *Mohammad Ali Khorsandian*² / *Hojjat Mobayen*³

1. PhD Candidate of Private Law, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. E-mail: mohadese.eftetahi@gmail.com

2. Department of Islamic and Private Law, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. E-mail: mkhorsandian@yahoo.com

3. Corresponding Author, Department of Islamic and Private Law, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. E-mail: hojjat.mobayen@gmail.com

(Received : November 26, 2022 ; Revised : January 14, 2024 ; Accepted : January 15, 2024)

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
Received in revised form
Accepted
Published online

Keywords:
Contractual Damages,
Force Majeure,
Hardship,
Impossibility.

ABSTRACT

The Principle Pacta Sunt Servanda which results from the autonomy of will and intention of the parties to perform the contract is one of the fundamental principles governing contracts. A contract may be breached intentionally or frustrated by unwanted events like force majeure which causes the obligor to be exempted from performing the contract. These events are studied as excuses for the performing of the contract in different legal systems. But sometimes parties emphasize the performance of the contract so much that no reason, even legal, should permit nonperforming of the contract, as they want the contract to continue to be enforceable in any circumstance; For this purpose, the “Hell or High Water Clause” is included in the contract. In this article, we study the essence, foundations and effects of this clause in common law and the position of Iranian law in relation to it; The mentioned clause is enforceable in the common law, except in exceptional cases, and it is used and cited especially in commercial contracts. It seems that this clause is enforceable in Iranian law, provided that the contracting party has the knowledge and awareness and is capable of managing risk; so, this clause does not conflict with Iran's jurisprudence and legal foundations.

Cite this article: Eftetahi M.; Khorsandain M.A. & Mobayen H. (2024). The Foundations and Effects of “Hell or High Water Clause” in Common Law with a Comparative Study in Iranian Law. *Private Law*, 00 (0), 00-00. DOI: <http://doi.org/00000000000000000000>



© Mohadese Eftetahi, Mohammad Ali Khorsandian, Hojjat Mobayen

Publisher: University of Tehran Press.

DOI: <http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

مبانی و آثار شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق کامن لا با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران

محدثه افتتاحی^۱ | محمدعلی خورسندیان^۲ | حجت مبین^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: mohadese.eftetahi@gmail.com
 ۲. گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: mkhorsandian@yahoo.com
 ۳. نویسنده مسئول، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: mobayen@shirazu.ac.ir
- (تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۵؛ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۵)

چکیده

اطلاعات مقاله

اصل لزوم قراردادها که ناشی از حاکمیت اراده و قصد طرفین بر اجرای قرارداد است، یکی از اصول بنیادین حاکم بر قراردادهاست. با این وجود، ممکن است قراردادی به واسطه عوامل ارادی و یا غیرارادی اجرا نشود؛ عوامل غیرارادی همانند قوه قاهره که موجب معافیت متعهد از اجرای قرارداد می‌گردد، تحت عنوان معاذیر اجرای قرارداد در نظام‌های حقوقی مختلف مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛ ولی گاه اراده طرفین چنان بر اجرای قرارداد تأکید دارد که هیچ عاملی، حتی معاذیر قانونی، نباید مانع اجرای قرارداد گردد، بلکه ایشان می‌خواهند که قرارداد در هر شرایطی به حیات خود ادامه دهد؛ لذا شرط خلاف معاذیر اجرای قرارداد در قرارداد درج می‌گردد. در این مقاله برآنیم تا ماهیت، مبانی و آثار این شرط در حقوق کامن لا و موضع حقوق ایران در قبال آن مورد مطالعه قرار گیرد؛ شرط مذکور در حقوق کامن لا، جز در موارد استثنائی، پذیرفته شده و به ویژه در قراردادهای تجاری مورد استناد قرار گرفته است. به نظر می‌رسد این شرط، در فرض علم و آگاهی طرف قرارداد و توانایی وی برای مدیریت ریسک، در حقوق ایران نیز قابل پذیرش بوده و با مبانی فقهی و حقوقی ایران در تضاد نیست.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت:

تاریخ بازنگری:

تاریخ پذیرش:

تاریخ انتشار:

کلیدواژه‌ها:

تعذر،

تعسر،

خسارت قراردادی،

قوه قاهره.

استناد: افتتاحی، محدثه؛ خورسندیان، محمدعلی و مبین، حجت (۱۴۰۲) مبانی و آثار شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق کامن لا با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، حقوق خصوصی، ۳۰ (۱)، ۲۰-۱.

DOI: <http://doi.org/00000000000000000000000000>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

© محدثه افتتاحی، محمدعلی خورسندیان، حجت مبین.

DOI: <http://doi.org/00000000000000000000000000>



مقدمه

هدف طرفین از انعقاد قرارداد، اجرای تعهدات ناشی از آن است و نظام‌های حقوقی تلاش می‌کنند تا با وضع قواعد و ضمانت اجراها، اجرای این تعهدات را تضمین و عدالت معاوضی (قراردادی) را برقرار نمایند. مهم‌ترین این تضمینات، امکان الزام متعهد به اجرای تعهدات ناشی از قرارداد است. در گذشته عقیده غالب بر آن بود که با وجود تغییر در شرایط اجرای قراردادی، هیچ یک از طرفین مجاز به نقض قرارداد نخواهد بود و تغییر شرایط، هیچ گونه تأثیری بر مسئولیت متعهد در فرض نقض قرارداد نخواهد داشت. چنین رویکرد سختگیرانه‌ای مبتنی بر اصل لزوم قراردادها بوده که مطابق آن مفاد «قرارداد» همانند «قانون» بایستی مورد احترام طرفین باشد. این اصل در کامن‌لا در قالب «نظریه مطلق بودن قرارداد»^۱ مورد اشاره حقوقدانان قرار گرفته که به موجب آن، رخدادهای پیش‌بینی نشده، عذری برای عدم اجرای قرارداد به شمار نمی‌رود. (Beatson, et al., 2010, p.474 & Treitel, 2003, p.866)

اما در برخی موارد، وقوع عوامل خارجی می‌تواند تعهدات قراردادی را تحت تأثیر قرار داده و اجرای آنها را دشوار و یا حتی غیرممکن نماید. از آنجا که سرشت عدالت‌جویی انسان، تحمیل بار سنگین تعهدات گزاف بر متعهد را تأیید نمی‌کند، به تدریج و تحت تأثیر ضرورت‌های اجتماعی و اصول و مفاهیمی مانند عدالت و انصاف، «اصل لزوم قراردادها» تعدیل گردید و معاذیر قراردادی مورد تأیید نظام‌های حقوقی قرار گرفت. رویدادهای پیش‌بینی نشده و ناخواسته‌ای که تحت عنوان «معاذیر اجرای قرارداد»، موجب بروز دشواری در اجرای تعهدات می‌شوند و به عنوان استثنائاتی بر اصل لزوم قراردادها متعهد را به طور قانونی از ایفای تعهد و آثار آن رها می‌نماید. این «معاذیر» در نظام‌های حقوقی، دارای مصادیق مختلف با وجوه افتراق و تشابه هستند؛ اما مبناهای مشترک تمامی آنها حدوث شرایط خاصی است که مانع از انجام تعهد می‌گردد.

با این حال، گاه اشخاص به ویژه در قراردادهای مستمر و قراردادهای تأمین مالی و خدمات، مانند قرارداد اجاره و لیزینگ، برآنند که تعهدات ناشی از قرارداد در هر حال، ایفاء شده و حوادث پیش‌بینی نشده، عذری در جهت عدم اجرای تعهد تلقی نگردد. این امر به ویژه با شکل‌گیری روابط بین‌المللی و نیاز مبرم به جلب اعتماد سرمایه‌گذاران جهت تأمین مالی پروژه‌ها، مورد توجه قرار گرفت. در این راستا، درج «شرط خلاف معاذیر اجرای قرارداد» در تنظیم قراردادها رواج یافت که به وسیله آن طرفین با رخدادهای معاذیر، همچنان ملزم به اجرای مفاد قرارداد و یا مسئول عدم امکان اجرای آن می‌باشند.

از شرط مزبور در کامن‌لا با عنوان «*Hell or High Water Clause*» یاد می‌شود. اصطلاح مذکور برگرفته از یک عبارت محاوره‌ای بوده که بر اساس آن، وظیفه و تعهد را حتی «در صورتی که سیل و آتش از آسمان ببارد» نیز باید اجرا نمود. مفاد چنین شرطی بیانگر آن است که متعهد، در هر حالتی مکلف به اجرای قرارداد است و در صورت عدم اجرای تعهدات، بایستی خسارت بپردازد و به استناد معاذیر از مسئولیت رها نمی‌گردد. برخلاف معاذیر اجرای قرارداد که درصد بازگرداندن تعادل به قراردادها و توزیع و تخصیص عادلانه ریسک بین طرفین عقد است، چنین شرطی کاملاً تعادل قرارداد را برهم می‌زند و با هدف ایجاد امنیت در روابط تجاری، ریسک حوادث پیش‌بینی نشده را بر یک طرف قرارداد تحمیل می‌نماید. بنابراین متعهد در صورت دشواری یا غیرممکن شدن اجرای قرارداد، نمی‌تواند به معاذیر استناد نماید و گفته شده، حتی در صورت معیوب بودن کالا و وجود نقص، همچنان موظف به پرداخت ثمن قراردادی است. با وجود اینکه در کامن‌لا امکان درج این شرط به عنوان اصل پذیرفته شده است، لکن این اصل نیز مصون از استثناء نمانده است.

با توجه به پیچیدگی‌های حاکم بر این شرط و استثنائات آن، در این مقاله به دنبال یافتن پاسخ این پرسش‌ها هستیم که بر اساس کدام مبانی، می‌توان شرط خلاف معاذیر اجرای قرارداد را پذیرفت و در چه مواردی (استثنائات) امکان پذیرش آن وجود ندارد؟ موضع حقوق ایران در خصوص این شرط چیست؟ از این رو در بخش نخست این مقاله، با عنایت به خاستگاه پیدایش شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق کامن‌لا، ابتدا مفهوم، مبانی پذیرش و اعتبار این شرط به عنوان یکی از تجلیات اصل حاکمیت اراده و استثنائات آن، در نظام حقوقی کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا تبیین می‌گردد. در بخش دوم مقاله نیز اعتبار و مشروعیت شرط مزبور با توجه به مبانی فقهی و اصول حاکم بر حقوق ایران مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت.

۱. شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق کامن لا

بر اساس قاعده کلی، قراردادها لازم‌الاجرا هستند و معاذیر قراردادی جنبه استثنائی دارند؛ از این رو، هر یک از طرفین که به تعهد خود عمل ننماید، موظف به جبران خسارت طرف مقابل خواهد بود و صرف دشواری اجرای قرارداد، متعهد را از آثار عدم اجرا رها نمی‌سازد. در حقیقت ناتوانی کلی در اجرای قرارداد مثل عدم کفایت مالی، موجب عدم مسئولیت نمی‌گردد. از سوی دیگر، عدم امکان اجرای قرارداد که ناشی از رویدادهای خاصی باشد، موجب معافیت متعهد از اجرا می‌گردد که جزییات آن در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است. (Berman, 1963, p.1413) عدم اجرای قرارداد می‌تواند موجه یا غیرموجه باشد که معاذیر اجرای قرارداد به عنوان دلایل موجه عدم اجرا شناخته می‌شوند. (Tai, 2018, p.791)

اگر متعهد تعهد خود را به انجام نرساند، موظف به جبران خسارت است؛ لیکن در مواردی که معاذیر قراردادی وجود داشته باشد، متعهد بدون اینکه ملزم به پرداخت خسارت باشد، می‌تواند از ایفای تعهد خودداری نماید. (نیازآبادی، انصاری، ۱۳۹۹، ص ۴۶۲) در حقوق قراردادها مقصود از معاذیر، رخدادهایی است که متعهد می‌تواند به استناد آن‌ها از اجرای تعهد و یا پیامد عدم اجرای آن معاف شود. دامنه این معاذیر گسترده است و حتی گفته شده که می‌تواند مواردی همچون شرط محدود کننده مسئولیت و حق حبس را نیز در برگیرد. (پارساپور، ذاکری‌نیا، ۱۳۹۴، ص ۲۶)

در کامن‌لا که دکترین «غیرعملی شدن»^۱ و «عقیم شدن هدف قرارداد»^۲ به عنوان مصادیقی از معاذیر قراردادی، مورد استناد قرار می‌گیرد، طرفین می‌توانند با درج شرط خلاف معاذیر، تصریح کنند که این نظریات در قرارداد آنها کاربرد نداشته و اموری که موجب معافیت قراردادی می‌شوند در رابطه قراردادی آنها مؤثر واقع نگردد. در ادامه مفهوم این شرط در حقوق کامن لا، آثار و استثنائات آن بررسی خواهد شد.

۱.۱. مفهوم شرط خلاف معاذیر قراردادی

شرط خلاف معاذیر از جمله شروط مربوط به مسئولیت و تخصیص ریسک حاصل از قرارداد است. تخصیص ریسک، خطرات ناشی از اجرای یک تعهد و مشکلات احتمالی در اجرای آن را بر عهده یکی از طرفین قرارداد قرار می‌دهد. چنین شرطی، همانند نوعی تضمین برای مشروطه عمل می‌کند و وجود شرط به این معنا است که متعهد (مشروط علیه) بایستی در هر حالت، حتی بدون استناد به تهاتر و ایرادات دیگر، تعهد خود را نسبت به شخص مشروطه ایفا نماید. حتی می‌توان شرط خلاف معاذیر قراردادی را با شرط تضمین خسارت^۳ مقایسه نمود که به موجب آن، مشروط علیه هر چند که مسئولیت ندارد، ولی در صورت رجوع زیان‌دیده، موظف به پرداخت خسارت می‌باشد. (ایزانلو، شاهین، ۱۳۹۹، ص ۱۰۹) این شرط ممکن است، میان طرفین اولیه قرارداد باشد، یا علیه شخص ثالثی که قرارداد را امضا می‌کند و به قرارداد ملحق می‌شود. (Feldman and Nimmer, 1999, p.108)

هرچند که در مقررات مختلف، از جمله کنوانسیون بیع بین‌المللی، به صراحت به امکان درج شرط خلاف قوه قاهره اشاره نشده است، لکن به اعتقاد حقوقدانان معافیت از مسئولیت بر اساس بند (۱) ماده ۷۹ کنوانسیون، زمانی اعمال می‌گردد که طرفین به نحو دیگری در قرارداد با یکدیگر توافق ننموده باشند. (Schwenzer, 2008, pp.719-720) امروزه بیشترین کاربرد شرط خلاف معاذیر قراردادی، در حقوق آمریکا و انگلستان و در قراردادهای اجاره مالی می‌باشد؛ چنانکه حقوقدانان این شرط را از شروط پرکاربرد و بااهمیت در این قراردادها دانسته‌اند. در حقوق کامن لا دو نوع قرارداد اجاره، یعنی اجاره مالی^۴ و اجاره عملیاتی^۵ وجود دارد. اجاره عملیاتی، شبیه قرارداد اجاره در حقوق ماست؛ ولی در اجاره مالی، مستأجر خود کالا را انتخاب می‌نماید و از موجر، تهیه آن را تقاضا می‌نماید. لذا موجر نه سازنده و نه تأمین‌کننده کالا است و تنها منبع مالی برای تهیه آن را تأمین می‌نماید. از آنجا که موجر، اغلب فرصت و تخصص لازم برای بازرسی کالاها به منظور کشف ایرادات در آنها را ندارد و با توجه به نقش محدود خود در این قراردادها،

^۱ Impracticability

^۲ Frustration of contract

^۳ Idemnity or hold harmless

^۴ Financial lease

^۵ Operating lease

با پیش‌بینی شرط خلاف معاذیر، مزیتی را برای خود فراهم می‌کند که مستأجر بایستی پرداخت خویش به موجر را تحت هر شرایطی انجام دهد. در این قراردادها، وجود چنین شرطی به این معنا است که ریسک وقوع هر گونه شرایط خارجی بر عهده مستأجر است و او بایستی پرداخت‌های ماهیانه خویش را بدون عذر و بهانه و صرف‌نظر از هرگونه شرایطی که حادث می‌گردد، انجام دهد. دادگاه‌های انگلستان نیز در آرای بسیاری آن را مورد پذیرش قرار داده و اظهار نموده‌اند که وجود چنین شرطی به معنای تعهد مطلق و بی‌قید و شرط مستأجر به پرداخت است. (Brunner, 2009, p.119) بر اساس این شرط، اجاره غیرقابل فسخ و حتی انفساخ است و مستأجر می‌پذیرد که پرداخت اجاره‌بها باید تحت هر شرایطی (حتی از بین رفتن تجهیزات مورد اجاره) ادامه یابد؛ در نتیجه هیچیک از دفاعیات از قبیل تهاتر مسموع نخواهد بود و امکان طرح دعوی متقابل نیز از میان خواهد رفت. (Bent, 2018, p.1)

همچنین در برخی قراردادها ممکن است طرفین متعهد به انجام بهترین تلاش خود شوند. با درج چنین شرطی، طرفین متعهد به تلاشی فراتر از وسع خود شده‌اند تا به نتایج قرارداد دست یابند. (Castillo and McAniff, 2006, p.208) از این منظر، شرط بهترین تلاش، مرتبه پایینی از شرط خلاف معاذیر محسوب می‌گردد؛ یا به عبارت دیگر، جامع‌ترین شرط «بهترین تلاش» را می‌توان مصداقی از شرط خلاف معاذیر به شمار آورد.

مقررات حاکم بر شرط خلاف معاذیر، با توجه به نوع کاربرد آن، ممکن است متفاوت باشد. به عنوان مثال در قراردادهای ادغام شرکت‌ها وجود شرط به معنی «انجام حداکثر تلاش» است و همانند قراردادهای اجاره مالی سختگیرانه عمل نمی‌کند. در جایی که اخذ مجوزهای دولتی ضدانحصار و نظارتی، پیش شرط لازم برای بستن قرارداد است، شرط خلاف معاذیر به معنای انجام همه اقدامات لازم، جهت کسب مجوزهاست. به این ترتیب، مفاد شرط، حداکثر تلاش برای اخذ تأییدیه‌های نظارتی را الزامی می‌کند و برخلاف اجاره مالی پرداخت را تضمین نمی‌کند. (Anonymous, 2022, p.1)

پذیرش شرط بهترین تلاش به عنوان مصداقی از شرط خلاف معاذیر در برخی آرای دادگاه‌های انگلستان به چشم می‌خورد. دادگاه سلطنتی دلیور در سال ۲۰۰۸ چنین رأی داد که در توافقنامه ادغام شرکت‌ها، شرطی که خریدار را ملزم نماید «تمام اقدامات لازم برای کسب تأییدیه ضدانحصار جهت معامله» را انجام دهد و از «انجام هر گونه اقدام عمدی یا اقدامی که به طور منطقی انتظار می‌رود، مانع یا موجب تأخیر در اخذ چنین تأییدیه شود» پرهیز نماید، یک شرط خلاف معاذیر به شمار می‌آید. این شرط با هیچ شرط معقولی خدشه‌دار نمی‌شود. در عوض، خریدار را ملزم می‌کند تا هر کاری که در توان دارد را برای تضمین تأیید معامله انجام دهد. چنین شرطی میزان ریسک قابل توجهی را متوجه خریدار می‌نماید. (Sher, et al., 2020, p.6)

۲.۱. آثار شرط خلاف معاذیر قراردادی

۲.۱.۱. الزام به اجرای تعهد حتی در صورت وقوع رخداد های غیر قابل پیش‌بینی

هدف اصلی انعقاد قرارداد به همراه شرط خلاف معاذیر، ادامه حیات قرارداد در صورت تعسر و تعذر قرارداد است. تردیدی نیست که با وجود شرط و حدوث موارد تعسر، مشروط‌علیه بایستی همچنان به تعهدات خویش وفق قرارداد عمل نماید. در صورت تعذر در اجرای قرارداد، اصولاً مشروط‌علیه از اجرای اصل تعهد معاف است، لیکن قرارداد منفسخ نشده و متعهد مشمول ضمانت اجراهای قراردادی از جمله پرداخت خسارت می‌گردد؛ البته موارد استثناء هم وجود دارد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۲.۲.۱. انتقال ریسک عدم اجرای قرارداد به مشروط‌علیه

اصولاً انجام هر معامله، با توجه به ماهیت و آثار آن، مخاطراتی (ریسک‌هایی) را برای طرفین به همراه دارد. یکی از آثار شرط خلاف معاذیر قراردادی، این است که ریسک وقوع حوادث غیرمترقبه در اجرای تعهد را که اصولاً بر عهده متعهدله می‌باشد، به متعهد منتقل می‌کند. چنانکه بیان شد، این شرط بیشتر در قراردادهای اجاره تجهیزات مورد استفاده قرار می‌گیرد. اجاره‌دهندگان تجهیزات عملاً خواسته‌اند که از هر خطر قابل پیش‌بینی، به غیر از قصور ساده مستأجر در پرداخت به موقع اجاره‌بها، مصون باشند. (Bent, 2017, p.1) لذا با پیش‌بینی شرط خلاف معاذیر، ریسک‌های مربوط به پرداخت را به مستأجر منتقل نموده‌اند.

اخیراً در حقوق آمریکا از این شرط، در قراردادهای خرید و فروش نیز استفاده می‌شود. اصولاً فروشندگان سه عامل قیمت، سرعت و اطمینان را برای انعقاد قرارداد، مورد توجه قرار می‌دهند. در سال‌های اخیر، به‌ویژه با توجه به تمرکز دولت آمریکا بر اجرای سیاست‌های ضد انحصار، اعمال این سیاست‌ها به یک عامل اصلی تبدیل شده است که بر سرعت و قطعیت قرارداد اثر می‌گذارد؛ لذا برای از بین بردن ریسک عدم قطعیت، فروشندگان با درج شرط خلاف معاذیر و یا انعقاد یک توافق نامه خلاف معاذیر (HOHW)، این اطمینان را حاصل می‌نمایند که خریدار ملزم به تکمیل معامله و انجام تعهدات تا پایان مدت توافق است و تاریخ توافق نیز اغلب یک سال پس از عقد قرارداد تعیین می‌گردد. (Fraidin et al., 2022)

۱.۲.۳. عدم قابلیت فسخ قرارداد

در مقابل قراردادهای قابل فسخ که در آن یکی از طرفین می‌تواند بدون پرداخت خسارت قرارداد را فسخ نماید، (LaCamp, et al., 2018, p.4) شرط خلاف معاذیر قرارداد، امکان فسخ قرارداد را از بین می‌برد. قراردادهایی که شرط خلاف معاذیر در آن‌ها درج گردیده، تحت عنوان قراردادهای غیرقابل فسخ معرفی شده‌اند و به این معناست که صرف نظر از هرگونه مشکل، نظیر وجود عیب و نقص در مورد معامله، مشروط‌علیه بایستی به توافق پایبند باشد و قادر به فسخ قرارداد نخواهد بود. لذا بیان شده که یکی از وجوه تمایز قراردادهای اجاره مالی که در آن شرط خلاف معاذیر قراردادی وجود دارد و اجاره عملیاتی، غیرقابل فسخ بودن اجاره مالی در طول مدت قرارداد است؛ در حالیکه، اجاره عملیاتی ممکن است، در هر زمانی در طول مدت قرارداد فسخ شود. (McConnell and Schallheim, 1983, p.237)

۱.۲.۴. عدم امکان استناد به دفاعیات از سوی متعهد

دفاع امری قانونی و مشروع در راستای عدم اجرای قرارداد است. در یک قرارداد، دفاعیات مختلفی قابل طرح است. برخی دفاعیات همانند اکراه یا عدم اهلیت ناظر به تشکیل قرارداد^۲ است، در حالیکه برخی دیگر مانند عقیم شدن هدف قرارداد ناظر به اجرای قرارداد است؛ (Harding, 2021, p.5) اثر مهم شرط خلاف معاذیر این است که با وجود این شرط، مشروط‌علیه از حق استناد به هرگونه دفاع به منظور عدم اجرای قرارداد منع می‌گردد.

ماده ۲۸ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC) سطح بالایی از اطمینان را به موجر می‌دهد که در اجاره مالی، جریان پرداخت‌های مستأجر بدون وقفه ادامه می‌یابد و تصریح می‌دارد که در این نوع اجاره، پس از پذیرش مورد اجاره توسط مستأجر، تعهدات وی غیرقابل برگشت و مستقل خواهد بود. به عبارتی هیچ عذری برای معافیت مستأجر از تعهدش وجود ندارد و به محض آنکه مستأجر کالا را قبول کند، بدون رضایت موجر امکان توقف پرداخت وجود ندارد، حتی اگر مورد اجاره منطبق با قرارداد نباشد. (Breslauer, 1992, p.327)

۱.۲.۵. محدودیت حق اقامه دعوی

حق دادخواهی دارای دو معنای عام و خاص است. در معنای عام، به معنای امکان مراجعه به محاکم و شنیده شدن توسط دادگاه است که از حقوق عمومی محسوب شده و غیرقابل اسقاط است. در معنای خاص حق دادخواهی به معنای اقامه دعوا و مطالبه حق است که ضمانت‌اجرای حق تلقی می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۱۸) یکی از آثار فرعی شرط خلاف معاذیر در حقوق کامن‌لا، اسقاط و محدود شدن حق دادخواهی از سوی مشروط‌علیه است. هر چند که با وجود شرط خلاف معاذیر، اصل حق مراجعه به دادگاه برای مشروط‌علیه (متعهد) وجود دارد، ولی ادعاها و دفاعیات وی در استناد به معاذیر، فاقد ضمانت اجرا و غیرقابل استماع است.

^۱ Non-cancelable agreement

^۲ Affirmative defense

۱.۳.۱. استثنائات شرط خلاف معاذیر قراردادی

همانگونه که بیان شد، هدف از درج چنین شرطی، اجرای بی قید و شرط قرارداد است. اما استثنائاتی وجود دارد که با وجود آنها شرط مزبور قابلیت استناد نخواهد داشت و متعهد از تکلیف به اجرای تعهد رهایی می‌یابد. در ادامه مهمترین استثنائات وارد بر شرط مزبور تشریح می‌گردد.

۱.۳.۱.۱. حسن نیت

حسن نیت مفهومی اخلاقی است که از مفاهیم بنیادینی همچون عدالت و انصاف نشأت می‌گیرد و می‌توان آن را از مفاهیم «سهل و ممتنع» دانست. منظور از حسن نیت در معاملات، یک مفهوم ذهنی است که باعث می‌شود افراد در تعامل با یکدیگر منصف و راستگو باشند و وظایف خود را به نحو قابل قبول انجام دهند.

از مهم‌ترین نتایج حسن نیت در قراردادها، امکان اعتماد به اظهارات و گفته‌های طرف مقابل است؛ به گونه‌ای که عدم ارائه اطلاعات مورد نیاز در مذاکرات مقدماتی یا زمان انعقاد قرارداد و یا سوء استفاده از اطلاعات دریافتی از مصادیق نقض حسن نیت به شمار می‌رود. از این رو اظهارات طرفین بایستی صادقانه و به دور از قصد گمراهی باشد. اصل حسن نیت، از یک سو طرفین را از انجام کاری که هیچ سودی برای ایشان ندارد و تنها هدف آن، آسیب به طرف دیگر است، باز می‌دارد (اثر سلبی) و از طرف دیگر تحت شرایط خاصی، حق مطالبه خسارت ناشی از نقض حسن نیت را ایجاد می‌کند؛ (اثر ایجابی) مثلاً زمانی که شخص مذاکره را بدون داشتن هرگونه قصد انعقاد قرارداد ادامه دهد. (Dannemann and Vogenauer, 2013, p.216)

نخستین استثنای پذیرش شرط خلاف معاذیر قراردادی، حسن نیت است که تقلب^۱ به عنوان یکی از مصادیق آن شناخته می‌شود؛ مستأجر می‌تواند برای جبران خسارت مالی، از جمله استرداد اجاره‌بهای اجاره‌ای که با تقلب یا تدلیس منعقد شده است، اقدام نماید؛ اما این امر مستلزم اقامه دعوی و تأیید دادگاه است. (Robins, 1997, p.9)

یکی از پرونده‌های مهمی که در آن، دادگاه شرط خلاف معاذیر را به دلیل تقلب یا به عبارت دیگر به دلیل نقض اصل حسن نیت، قابل استناد ندانست، پرونده *Eureka Broadband Corporation v. Wentworth Leasing Corporation* است. در این پرونده شرکت یورکا که در امر نصب سیستم‌های فیبر نوری در ساختمان‌های اداری و تجاری فعالیت داشت، طی دو قرارداد اجاره مالی دو ساله که در آنها شرط خلاف معاذیر به نفع موجر گنجانده شده بود، تجهیزات خاصی را از شرکت لیزینگ و نتورث اجاره کرد. شرکت یورکا تجهیزات مورد نیاز خود را تعیین و به نتورث سفارش داد که تجهیزات را از فروشندگان خریداری کند. یورکا تجهیزات را تحویل گرفت و چندین ماه اجاره‌بها را به شرکت و نتورث پرداخت کرد، اما نتورث تعهدات خود نسبت به فروشندگان را ایفا ننمود. از آنجایی که درخواست فروشندگان به نتورث بی‌پاسخ ماند، فروشندگان به یورکا مراجعه نموده و خواستار پرداخت فاکتورهای خود شدند. به پیشنهاد یورکا پرداخت اجاره‌بها متوقف و با بازگرداندن تجهیزات و پرداخت‌های مشخص، با هر یک از فروشندگان به طور جداگانه تسویه حساب صورت گرفت. سپس شرکت یورکا در دادگاه فدرال علیه شرکت و نتورث طرح دعوا نمود و خواستار بازگرداندن تمام اجاره‌ای شد که قبلاً توسط وی پرداخت شده بود؛ در مقابل و نتورث به شرط خلاف معاذیر استناد نمود. در جریان دادرسی دادگاه دریافت که و نتورث، از ابتدا، توانایی و قصد پرداخت پول به فروشندگان را نداشته است. دادگاه به اظهارات متقابلانه اشاره نمود و آن را یکی از استثنائات استناد به شرط خلاف معاذیر دانست و در نهایت با احراز عناصر اظهارات متقابلانه، حکم بر محکومیت و نتورث صادر نمود. دادگاه اعتقاد داشت، با انعقاد قراردادهای اجاره، و نتورث به طور ضمنی اظهار داشته که توانایی و قصد پرداخت وجوه به فروشندگان تجهیزات را دارد و در نتیجه ناتوانی و نتورث در پرداخت و عدم قصد وی برای پرداخت به فروشندگان تجهیزات، یک اظهار نظر متقابلانه بوده و این اظهارات دارای اهمیت اساسی بوده‌اند. بر این اساس، از منظر دادگاه، تقلب یکی از مواردی است که با وجود آن نمی‌توان به شرط تمسک جست.^۲ در نمونه دیگر، در سال ۱۹۹۷ رأی دادگاه

^۱ Fraudulent misrepresentation

^۲ <https://www.lawjournalnewsletters.com/sites/lawjournalnewsletters/2005/05/26/eureka-v-wentworth-further-erosion-of-the-hell-or-high-water-principle/?slreturn=20210928014549>

استیناف در پرونده *Colonial Pacific Leasing Corp. v. McNatt* بر این امر دلالت می‌کند که هر زمان رفتار متقابلانه صورت گرفته باشد، شرط خلاف معاذیر نمی‌تواند معتبر باشد.

۲.۳.۱. نظم عمومی

اصولاً آزادی قراردادی تا زمانی معتبر است که در راستای تأمین راهی عادلانه و منطقی برای تنظیم روابط مالی مردم مورد استفاده قرار گیرد؛ از این رو، در حقوق خصوصی نیز نظم عمومی همواره به عنوان یک استثناء قانونی بر سر راه نفوذ آزادی قراردادی مطرح بوده است. قواعدی وجود دارد که تشکیل دهنده نظم عمومی هستند و افراد نمی‌توانند به وسیله قراردادهای خصوصی این قواعد را نقض کنند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۵۹) در خصوص شرط خلاف معاذیر قراردادی نیز همین قاعده صدق می‌کند. یعنی اگر این شرط نیز بر خلاف نظم عمومی تشخیص داده شوند، در بطلان آنها نباید تردید نمود. به عنوان نمونه در حقوق انگلستان، بر اساس قاعده منع تجارت با دشمن، اگر انجام تعهدات قراردادی در اثر جنگ غیرقانونی شود، حتی درج شرط خلاف معاذیر قراردادی نمی‌تواند از بطلان قرارداد جلوگیری نماید، چه اینکه این شرط بر خلاف نظم عمومی است. دادگاه انگلیس در پرونده *Ertel Bieber & co. v. Rio Tinto co. Ltd.* به شرط قراردادی که اجرای تعهدات در زمان جنگ را صرفاً به حالت تعلیق در می‌آورد، به دلیل مغایرت با نظم عمومی ترتیب اثر نداده و حکم به بطلان قرارداد داد. (داری، ۱۳۹۴، ص ۱۲۶)

در ایالت کبک کانادا به موجب قانون مدنی مصوب ۱۹۹۱، قابل اجرا بودن شرط خلاف معاذیر قراردادی در اجاره تجهیزات، به این بستگی دارد که آیا اجاره به عنوان یک «قرارداد اجاره» یا «قرارداد اجاره اعتباری»^۱ نظر گرفته شود. قانون مدنی کبک قرارداد اجاره را به عنوان قراردادی تعریف می‌کند که در آن مستأجر از اموال منقول یا غیرمنقول موجر، برای مدت معینی در ازای اجاره‌بها بهره‌مند می‌گردد. دادگاه‌های کبک معتقدند که برخی از قوانین قرارداد اجاره در قانون مدنی از جمله بهره‌مندی از مال در طول مدت اجاره، از قواعد اجباری و مرتبط با نظم عمومی هستند و طرفین نمی‌توانند خارج از چنین قواعدی، قرارداد منعقد نمایند؛ لذا شرطی که مستأجر را ملزم به ادامه اجرای تعهدات خود کند، در حالیکه وی از مورد اجاره استفاده نمی‌کند، قابلیت اجرا نخواهد داشت؛ در نتیجه شرط خلاف معاذیر که مقرر می‌دارد، اجاره تحت هر شرایطی از جمله از دست دادن کلی استفاده از ملک باقی می‌ماند، توسط دادگاه‌های کبک خلاف نظم عمومی و باطل دانسته شده، زیرا موجب نقض حق انتفاع مستأجر می‌شود. در مقابل، این شرط در قراردادهای اجاره اعتباری، صحیح شناخته شده است. (*Kierans, 2011*) در قانون مدنی کبک، قرارداد اجاره اعتباری (که شبیه به اجاره مالی است) به عنوان قراردادی تعریف شده است که در آن شخصی (موجر) اموال منقول را برای مدت معینی در قبال پرداخت اجاره در اختیار شخص مستأجر قرار می‌دهد. البته موجر به تقاضای مستأجر، مال مورد اجاره را از شخص ثالث تحصیل می‌کند. برخلاف اجاره، اجاره اعتباری مستلزم یک قرارداد سه جانبه است که ویژه اموال منقول بوده و فقط برای مقاصد و اهداف تجاری مستأجر منعقد می‌شود.

۳.۳.۱. عدم قبول کالا

همان گونه که بیان شد، مهم‌ترین کاربرد شرط خلاف معاذیر، در قراردادهای «اجاره مالی» است؛ در اجاره مالی، قبول کالای مورد اجاره از سوی مستأجر، شرط لازم الاجرا شدن قرارداد و اثر بخشی شرط است؛ لذا با قبول کالا از سوی مستأجر است که قرارداد لازم الاجرا و غیرقابل فسخ می‌شود. از این رو اگر مورد اجاره از سوی مستأجر قبول نشده باشد، به دلیل لازم الاجرا نبودن قرارداد، شرطی هم وجود نخواهد داشت. در نتیجه اگر مستأجر بتواند به طور منطقی قبول خود را ملغی نماید، می‌تواند از آثار شرط رها گردد.

در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (*UCC*)، ماده 2A-517 تحت عنوان «لغو قبول کالا»^۲ به ذکر مواردی که مستأجر می‌تواند

^۱ Louage

^۲ Contrat de crédit-bail

^۳ Revocation of Acceptance of Goods

قبول خود را لغو کند، اختصاص یافته است. این ماده به گونه‌ای تنظیم شده است که مستأجر صرفاً در موارد بسیار محدودی بتواند پذیرش خود را لغو کرده و از تعهد خود رهایی یابد. بر اساس این ماده، در اجاره مالی، مستأجر صرفاً در موارد ذیل، پس از قبول کالا می‌تواند پذیرش خود را لغو کند.

- در صورتی که عدم انطباق کالا به طور قابل ملاحظه‌ای به ارزش آن برای مستأجر آسیب بزند.
- در صورتی که مستأجر کالاها را بدون بررسی انطباق پذیرفته باشد و این پذیرش مستأجر به طور منطقی ناشی از تضمین موجر باشد.

در پرونده *In re Rafter 362 B.R. 25 (10th Cir. B.A.P. 2007)* شخصی برای مزرعه خود چهار قرارداد اجاره مالی، جهت تجهیزات مربوط به سیستم‌های آبیاری منعقد نمود. از چهار سیستم یاد شده، یک سیستم توسط موجر تحویل و نصب شد، ولی مستأجر ادعا کرد که تجهیزات از نظر شماره سریال یا مشخصات با هیچ یک از اجاره نامه‌ها مطابقت ندارد؛ با این وجود، مستأجر از آن استفاده کرد. دو سیستم دیگر نیز تحویل شد، ولی به دستور مستأجر نصب نگردید. سیستم چهارم نیز هیچ‌گاه تحویل داده نشد. با توجه به عدم پرداخت اجاره بها از سوی مستأجر، موجر طرح دعوا نمود و مستأجر در نهایت اعلام ورشکستگی کرد. دادگاه حکم داد که مستأجر در سه مورد از چهار اجاره‌نامه مسئول است. (به جز در مورد اجاره‌نامه چهارم که هیچ تجهیزاتی تحویل داده نشده بود) نکته مهم در این پرونده این بود که آیا تجهیزات قبول شده‌اند یا خیر؟ زیرا اگر قبول صورت گرفته باشد، به موجب مقررات *UCC*، شرط خلاف معاذیر لازم‌الاجرا بوده و پرداخت بایستی صورت بگیرد. براساس نظر دادگاه، مستأجر سه سیستم را پذیرفته است، زیرا مستأجر به گونه‌ای عمل کرده که با عدم رد مؤثر و به موقع، قصد خود را برای حفظ کالا، علیرغم عدم انطباق آنها، نشان داده است. بر اساس ماده 2A-515 این قانون، پذیرش کالا ممکن است با دلالت ایجابی به قبولی صورت گیرد؛ یا در رابطه با کالاها به گونه‌ای عمل شود که گویی آن‌ها پذیرفته شده‌اند؛ یا با عدم رد مؤثر کالا مطابق ماده 2A-509. (Alper, 2008, p.1)

۴.۳.۱. قراردادهای مصرفی و استخدامی

اگرچه در خصوص قراردادهای مصرفی (در مقابل قراردادهای تجاری) به صراحت از ممنوعیت درج شرط خلاف معاذیر، سخن گفته نشده است، لکن با بررسی قوانین و مقررات و در نظر گرفتن حمایت‌های خاص، می‌توان به این امر پی برد که قانون‌گذار به دنبال تجویز این شرط در قراردادهای مصرفی نبوده است. اگرچه اصل بر آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم و توافقات می‌باشد، اما در خصوص قراردادهای مصرفی و قراردادهای استخدامی این اصل با تقیید مواجه گردیده است. (خانلری بهمنمیری، ۱۳۹۸، ص ۹۹) همانطور که گفته شد یکی از آثار شرط خلاف معاذیر، غیرقابل فسخ بودن قرارداد است؛ در حالیکه عموماً در قوانین مقرر شده است که قراردادهای مصرفی نمی‌توانند غیرقابل فسخ باشند و مصرف‌کننده می‌تواند در بازه زمانی مشخص، قرارداد را بدون هیچ دلیلی فسخ نماید. (Deutch, 2012, p.707) همین حکم در خصوص قراردادهای استخدامی نیز وجود دارد. لذا منطقی است که شرط خلاف معاذیر در این دسته از قراردادها، قابلیت اجرایی ندارد.

۲. امکان سنجی پذیرش شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق ایران

جهت بررسی امکان پذیرش این شرط در حقوق ایران، باید ادله موافقین و مخالفین مورد بررسی قرار گیرد.

۱.۲. دلایل مخالفان

در جهت مخالفت با پذیرش شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق ایران، به ادله مختلف حقوقی و فقهی استناد شده است که ضروری است، این ادله مورد نقد و بررسی قرار گیرد.

۱.۱.۲. قاعده تعذر وفا به مدلول عقد

به موجب قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمدلوله» در صورتی که پس از انعقاد قرارداد، وفای به عقد متعذر شود، آن عقد باطل یا منفسخ می‌گردد و تفاوتی ندارد که تعذر از سوی طرفین باشد یا یکی از آنها. تعذر به معنی عدم امکان اجراء ناشی از عواملی است که به طرفین مربوط نمی‌باشد، در نتیجه عدم سوء نیت در آن مستتر است. این قاعده بیانگر یک اصل کلی بوده و در تمامی عقود جریان دارد و چنین عقدی نزد عقلا مقبول نمی‌باشد. (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۱۳۲) در این میان تفاوتی میان عقود اذنی و غیر اذنی وجود ندارد و هرگاه عمل به مدلول عقد به دلیل وقوع امری به طور دائمی و غیرقابل پیش‌بینی ناممکن گردد، آن عقد باطل (یا منفسخ) خواهد شد. (الموسوی البجنوردی، ۱۳۷۷، ص ۲۶۵) مقصود از بطلان در این قاعده، معنای اعم آن است که شامل بطلان ذاتی عقد (در تعذر ابتدایی) و همچنین انفساخ (در تعذر بعد از انعقاد عقد) می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۹۰، صص ۱۴۰-۱۳۶) لذا با در نظر گرفتن قاعده فوق پذیرش اعتبار شرط خلاف معاذیر قراردادی با دشواری روبرو خواهد بود. چرا که هدف از درج شرط، اجرای قرارداد با وجود تعذر است که بر خلاف این قاعده می‌باشد.

در پاسخ می‌توان اظهار داشت که از یک سو فرض تعذر ابتدایی و بطلان عقد اصولاً از قلمروی شرط خلاف معاذیر خارج است. فرض انفساخ نیز ناظر به زمانی است که تعذر اجرای قرارداد غیرقابل پیش‌بینی بوده و موضوع قصد مشترک طرفین قرار نگرفته باشد؛ لذا در جایی که طرفین قرارداد در این خصوص دوراندیشی نموده و توافق کرده‌اند که علیرغم ناممکن شدن اجرای قرارداد، طرفین مأخوذ به تعهدات خود باقی بمانند، مانعی بر سر راه ادامه حیات قرارداد وجود ندارد. بر همین مبنا، با فرض عدم امکان اجرای تعهدات، دریافت خسارت بلااشکال به نظر می‌رسد. به علاوه همانطور که برخی بیان داشته‌اند (محمدی، جمالی، ۱۳۹۵، ص ۸۵) در مقام جبران خسارت و بازگرداندن وضعیت شخص زیان‌دیده به حالت سابق، چه بسا حکم به پای‌بندی به قراردادی که باطل است، از سوی محکمه امکان‌پذیر باشد. لذا در فرضی که طرفین از ابتدا چنین امری مقصودشان بوده نیز امکان الزام به پای‌بندی به تعهدات در فرض تعذر اجرای قرارداد، ممکن است.

۲.۱.۲. ضمان معاوضی

ضمان معاوضی به معنای دریافت چیزی و التزام به پرداخت عوض آنچه دریافت شده و در صورت تلف استرداد عوض است. مطابق با قاعده ضمان معاوضی در عقود معوض، با عدم امکان اجرای تعهد یکی از طرفین به دادن عوض، تعهد دیگری در دادن معوض نیز ساقط می‌شود. بنابراین التزام به پرداخت عوض تعهد، درحالی‌که تعهد طرف مقابل ناممکن شده و قابل اجرا نیست، مخالف با مفاد این قاعده تلقی می‌گردد.

با این وجود، همانطور که عده‌ای از فقها و حقوقدانان نظر داده‌اند، شرط برائت از ضمان معاوضی شرطی صحیح است و با وجود چنین شرطی از ابتدا، مقتضای ضمان، ایجاد نمی‌گردد و لذا مخالفتی با اصول و قواعد حقوقی ندارد. (امامی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۴۶۳؛ بحرالعلوم، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۸۴) رأی شعبه چهارم دیوان عالی کشور نیز مؤید این امر است که ضمان درک مقتضای عقد نبوده و لذا شرط خلاف آن نافذ می‌باشد.^۱ از این رو، اجمالاً می‌توان گفت با پذیرش اینکه شرط خلاف ضمان معاوضی، شرطی صحیح است، پذیرش شرط خلاف معاذیر نیز با اشکال مواجه نمی‌گردد.

۳.۱.۲. رابطه شرط و عقد

بیان گردیده است که در حقوق ایران میان قرارداد و شروط آن رابطه تبعی وجود دارد و شرط از عقد تبعیت می‌کند و فاقد استقلال است. (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۲۱) لذا بر اساس قاعده کلی که هرگاه اصل ساقط شود، فرع نیز ساقط می‌گردد، شرط خلاف معاذیر نیز با انحلال قرارداد در نتیجه تعذر، از میان خواهد رفت و قابلیت اجرا نخواهد داشت.

^۱-در حکم شماره ۱۹۱۴-۱۸/۸/۱۸ شعبه ۴ دیوان عالی کشور آمده است: «مقصود از مقتضای عقد مذکور در ماده ۲۳۳ قانون مدنی آثاری است که بر حسب عرف یا قانون از مقدمات یا لوازم غیرقابل انفکاک مطلق عقد محسوب می‌شود و شرط خلاف آن با مفاد عقد یا مؤثر بودن آن منافات داشته باشد و آثاری که در ماده ۳۶۲ قانون مذکور برای بیع صحیح ذکر شده، مطلق آثار بیع است اعم از آثاری که مقتضای عقد به معنی مذکور بوده و قابل انفکاک از آن نباشد یا عقد مطلق بوده و به واسطه شرط قابل انفکاک باشد. بنابراین ماده مزبور دلالت ندارد که ضمان درک مبیع مقتضای عقد بوده و شرط خلاف آن ولو به طور محدود و مقید، برخلاف مقتضای عقد است.» (متین، ۱۳۸۱، ص ۸۵)

در پاسخ به ایراد می‌توان چنین گفت که در تحلیل رابطه شرط و عقد بایستی به اراده طرفین توجه شود و بر آن مبنا تفسیر گردد. گاه طرفین به ویژه شرطی را به منظور پیش‌بینی و تنظیم روابط خود بعد از انحلال قرارداد، درج می‌نمایند. لذا امکان استقلال شرط در حقوق ایران مانعی ندارد (سلطان‌احمدی، ولایی، ۱۳۹۸، ص ۹۸) و شرط مستقل اگرچه به ظاهر در قرارداد است، لکن اراده طرفین آن را تابع عقد قرار نمی‌دهد و در نتیجه از عقد پیروی نمی‌کند که نمونه بارز آن را در درج شرط داوری در قراردادها می‌توان مشاهده نمود. (نیکبخت، ۱۳۷۶، ص ۲۷۲)

۴.۱.۲. سلب حق دادخواهی

طبق اصل ۳۴ قانون اساسی، دادخواهی حق مسلم یک فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح مراجعه کند؛ در حالیکه با درج شرط خلاف معاذیر قراردادی، امکان مراجعه به محکمه محدود می‌گردد. لذا در نگاه اول به نظر می‌رسد، چنین شرطی با اصل حق دادخواهی، در تعارض بوده و صحیح نیست. در مقام پاسخ می‌توان گفت که حق دادخواهی به معنای اخص، امتیازی برای فرد است و امکان اسقاط جزئی آن، چه به تبع اسقاط حق اصلی و چه به صورت مستقل وجود دارد؛ همانند مواردی که طرفین حق تجدیدنظرخواهی را از خود ساقط می‌نمایند. از سوی دیگر شرط خلاف معاذیر قراردادی، به صورت مطلق مانع دستیابی به حق دادخواهی نیست؛ چه اینکه معمولاً صاحب حق، به شیوه دیگری قادر به وصول حق خویش است و این شرط مانع از مراجعه مشروط‌علیه به محکمه نمی‌گردد.

۵.۱.۲. برهم خوردن تعادل قراردادی

برهم خوردن توازن قراردادی در عقود مغایره‌ای بعد از وقوع عقد می‌تواند موجبی برای فسخ یا تعدیل قرارداد باشد. لذا در نظام‌های حقوقی اصل حفظ تعادل قراردادی به دلایل مختلفی همچون اجرای عدالت، حسن‌نیت و تعادل اقتصادی حائز اهمیت است. (رحیمی، علیزاده، ۱۳۹۶، ص ۱۵۰) به اعتقاد مخالفان شرط خلاف معاذیر قراردادی، با توجه به اینکه این شرط توازن قراردادی را از میان می‌برد، لذا نایبستی نافذ شناخته شود.

در حالیکه تعادل قرارداد به عواملی مانند مدت قرارداد، قدرت چانه‌زنی، قیمت و تضامین بستگی دارد (محمدی‌نیا، رضائی‌راد، ۱۳۹۷، ص ۳۵۰) و با درج چنین شرطی چون در هر حال مبادله‌ای میان امکانات و سرمایه‌گذاری و تأمین مالی یک طرف در برابر پذیرش کامل ریسک طرف مقابل صورت می‌گیرد تعادل قرارداد مخدوش نمی‌گردد. در حقوق انگلیس نیز در صورتی که طرفین با علم به عدم امکان اجرای قرارداد، اقدام به انعقاد قرارداد نمایند، متعهد در برابر عدم امکان اجرا مسئول بوده و قرارداد صحیح است، ولی در صورت جهل به آن، قرارداد باطل خواهد بود. (شعبانی، حاجی‌محمدی، ۱۳۹۳، ص ۱۱۶)

مخالفان شرط خلاف معاذیر قراردادی به برخی مواد قانونی نیز در این خصوص استناد می‌نمایند. به موجب ماده ۵۸۸ قانون مدنی «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.» به عقیده مخالفان، به استناد این ماده، نمی‌توان شرط نمود که مضارب تحت هر شرایطی، مکلف به استرداد اصل سرمایه به مالک است و در نتیجه شرط خلاف معاذیر قراردادی در عقد مضاربه محکوم به بطلان است. علاوه بر این، برخی در این خصوص به قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» نیز استناد نموده‌اند؛ چراکه ریسک و سود، جزء جدایی‌ناپذیر یکدیگر هستند. (علوی رضوی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۷) در پاسخ به این ایراد، بایستی اذعان نمود که شرط خلاف معاذیر قراردادی، مغایرتی با ماده یاد شده ندارد؛ چه اینکه شرط ضمان سرمایه، در قالب شرط فعل (شرط جبران خسارت) به موجب قسمت اخیر همین ماده صحیح شناخته شده که همان نتیجه شرط خلاف معاذیر قرارداد را داشته و مخالفتی هم با قواعد حقوقی ندارد. (باریکلو، ۱۳۸۹، ص ۲۲) در حقیقت، شرط خلاف معاذیر قرارداد، شرط فعلی است که مشروط‌علیه را به اجرای تعهد در حالت تعسر و پرداخت خسارت در صورت تعذر، الزام می‌نماید.

البته چنانکه پیش‌تر هم بیان شد، بر هم خوردن توازن قراردادی در قراردادهای مصرفی سبب بطلان شرط خلاف معاذیر قراردادی خواهد بود. ماده ۷ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو در این خصوص بیان می‌دارد که هرگونه توافقی که منجر به

سقوط تعهدات عرضه‌کننده گردد، باطل و بلااثر می‌باشد. از این رو، نمی‌توان با درج شرط خلاف معاذیر به نفع عرضه‌کننده از تعهدات وی کاست. صحت چنین شرطی که به شدت منجر به برهم خوردن توازن قراردادی به ضرر مصرف‌کننده می‌گردد، قابل پذیرش نیست. در این گونه موارد، به دلیل عدم تخصص و توانایی مدیریت ریسک از سوی مصرف‌کننده، تحمیل ریسک به وی، بر خلاف اصول حقوقی و غیرقابل پذیرش است.

۲.۲. دلایل پذیرش

در مقابل مخالفان، موافقان شرط خلاف معاذیر قراردادی نیز برای اثبات مدعای خود به دلایلی استناد می‌نمایند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۲.۱. آزادی قراردادی

آزادی قرارداد به عنوان یک اصل کلی حقوق مدنی شناخته شده است. این اصل توسط دیوان عدالت اروپا به عنوان ماده ۱۶ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا (اصل آزادی تجارت) مورد حمایت قرار گرفته و توسط کمیسیون اتحادیه اروپا به عنوان یک مرجع اساسی برای توسعه حقوق قراردادهای اروپایی تعیین شده است. (Irakli, 2107, p.62) بر این اساس، جز در مواردی که اطمینان حاصل شود مقرر آمرهای وجود دارد، می‌توان به اصل آزادی قراردادها استناد نمود. (مختاری چهاربرگی، فرحزادی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۸) اصل آزادی قراردادی از یک جنبه یک اصل اقتصادی مبتنی بر نظریه بازار آزاد است و از جنبه دیگر یک اصل اخلاقی و حقوقی است که بر اساس آن، قراردادها و تعهدات بر مبنای خواست و اراده طرفین شکل می‌گیرد. (Irakli, 2107, p.63) اصل آزادی اراده به ویژه در قراردادهای بین‌المللی اهمیت بسیاری می‌یابد. به عنوان نمونه مقرر رم یک که در اتحادیه اروپا در خصوص قانون حاکم بر قرارداد تصویب شده، به اصل آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم تأکید نموده است. (خانلری بهمنمیری، ۱۳۹۸، ص ۹۵)

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان گفت که اصل آزادی قراردادی، پایه اصلی توجیه‌کننده و مشروعیت بخشی به شرط خلاف معاذیر قراردادی به شمار می‌رود. آنگاه که قصد مشترک طرفین، بر این قرار گرفته که یکی از آنها از آسودگی خیال بهره‌مند گشته و جهت اجرای قرارداد از سوی طرف مقابل، تحت هر شرایطی، اطمینان کامل حاصل نماید، اصل آزادی قراردادی از این قصد مشترک که با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز اصولاً مغایرتی ندارد، حمایت می‌کند. بنابراین شرط مورد نظر که با هدف تضمین اجرای تعهد یک طرف قرارداد درج می‌گردد، پذیرفتنی است. در حقیقت این شرط، فراتر از تقسیم بندی دوگانه «تعهد به و سیله» و «تعهد به نتیجه»، نوعی «تضمین نتیجه» را برای طرف قرارداد به همراه دارد.

۲.۲.۲. رویه قضایی

یکی از جنبه‌های شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق ایران که رویه قضایی مجال اظهارنظر در خصوص آن را یافته است، تعیین وجه التزام قراردادی (تعیین خسارت مقطوع) است. وجود چنین شرطی می‌تواند برای هر دو طرف قرارداد سودمند باشد؛ زیرا هر کدام می‌داند که در صورت نقض قرارداد، چه موقعیتی را پیش رو خواهد داشت. اگر این شرط مبلغی را متناسب با خسارت احتمالی تعیین کرده باشد، در صحت و لزوم آن تردیدی وجود ندارد، اما اگر مبلغ تعیین شده با خسارات وارده اختلاف فاحش داشته باشد، این دیدگاه وجود دارد که پرداخت چنین مبلغی هدف مجازات کردن دارد و توافق قابل اجرا نخواهد بود. در مقابل برخی عقیده دارند که هر قرارداد داوطلبانه، میان دو طرف مؤثر است و طرفین در قراردادی که برای آن‌ها سودی نداشته باشد، وارد نمی‌شوند. از این رو دلایل مختلفی وجود دارد که موجب می‌شود اشخاص به قراردادهای حاوی شرط کیفری (وجه التزام) وارد گردند و نباید در پذیرش آن‌ها تردید نمود. (Rubin, 1981, p.219) هیأت عمومی دیوان عالی کشور اخیراً در مقام ایجاد وحدت رویه^۱ به این بحث

۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ - ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و

خاتمه داده و آزادی طرفین در تعیین وجه التزام را مورد پذیرش قرار داده که برخی مصادیق شرط خلاف معاذیر قرارداد را نیز در بر می‌گیرد.

از دیگر مصادیق شرط خلاف معاذیر قرارداد در حقوق ایران، شروط ناظر به جبران خسارت وارده به سرمایه در قراردادهای مشارکتی است که در نظام بانکی کشور مرسوم است. در این قراردادها، عامل (تسهیلات گیرنده) تضمین می‌نماید که در صورت تلف مال موضوع قرارداد، اصل و حتی حداقل سود قراردادی مورد انتظار را از اموال خود به بانک تملیک نماید که این شرط موارد تلف قهری و خارج از اراده را نیز در بر می‌گیرد. رویه قضایی نیز اصولاً در پذیرش این شرط تردیدی به خود راه نمی‌دهد. البته باید توجه داشت که نفوذ این شرط در مقابل مشتریان عادی محل اشکال است، ولی در مشارکتهای تجاری می‌توان آن را پذیرفت. بر این اساس می‌توان چنین نتیجه گرفت که رویه قضایی نیز تمایل دارد که به اراده طرفین و شروط قراردادی آن‌ها احترام بگذارد، هرچند که شروط ایشان گزاف یا غیرمنصفانه به نظر برسد و برهم‌زننده تعادل قراردادی به سود یک طرف گردد. زیرا شروط قراردادی در قراردادهای مغایبی نه تنها مطابق با اراده طرفین بوده، بلکه به واسطه اینکه از اراده آزاد طرفین نشأت گرفته‌اند، عادلانه نیز می‌باشند. (قنوتی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹)

۳.۲.۲. توجیه اقتصادی

همانگونه که به درستی اشاره شده است، تا حد امکان بایستی تلاش شود، از انحلال قرارداد پرهیز شود؛ چنانکه در نظریات اخیر، از امکان تعدیل قرارداد در صورت تعذر اجرای آن سخن گفته شده است. (بنایی اسکویی، ۱۳۹۲، ص ۵۱) به عنوان مثال در مواردی که مسئله تحریم نظام بانکی یک کشور و مشکل در انتقال ارز وجود دارد، می‌توان در قرارداد پیش‌بینی نمود که در صورت بروز چنین مشکلی، طرفین قادر به تعدیل یا تعلیق قرارداد باشند و قرارداد خاتمه نیابد. درج چنین شرطی باتوجه به ملاحظات عملی اقتصادی، برای حفظ منافع سرمایه‌گذار و ترغیب وی به انعقاد قرارداد، ضروری به نظر می‌رسد. در کامن‌لا نیز حقوقدانان بر این باور هستند که بدون چنین شرطی، صنعت و به ویژه صنعت لیزینگ با رکود مواجه خواهد گردید و سرمایه‌گذاران بالقوه تمایلی به سرمایه‌گذاری‌های مؤثر نخواهند داشت. (Weinberg, 2015) به عنوان نمونه در پرونده *Construction Resources Group, LLC v. Element Financial Corp* دادگاه اظهار نمود که معتبر دانستن شرط خلاف معاذیر قراردادی موجب می‌گردد، طرفین به منابع مالی دست یابند که بدون وجود شرط برای آنها ممکن نبود. (Gross, et al., 2015, p.1161)

تحلیل اقتصادی از اصل آزادی قراردادی نیز مؤید مشروعیت چنین شرطی می‌باشد؛ چرا که بر مبنای تحلیل اقتصادی، اصل مزبور اقتصاد رقابتی را سازماندهی می‌کند تا منابع به جهتی که بیشترین فایده را دارد، سوق یابد. آزادی قراردادی در این تحلیل، مشوقی برای اشخاص است تا روش‌های افزایش بازدهی را کشف کنند که در نتیجه آن، ثروت مادی جامعه افزایش می‌یابد. (Schäfers, Ott, 2004, p.274) بر این اساس، درج چنین شرطی که دغدغه سرمایه‌گذاران را پوشش داده و آنان را به سرمایه‌گذاری در پروژه‌های اقتصادی بیش از پیش ترغیب می‌نماید، منجر به افزایش کارایی و بهره‌وری از منابع کمیاب در راستای دستیابی به بیشترین میزان از منافع و فواید می‌گردد.

نتیجه

معاذیر قراردادی به عنوان مصادیقی که امکان اجرای قرارداد را متعسر و یا متعذر می‌سازد، به عنوان استثنائی بر اصل لزوم قراردادهای در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و به استناد به آن، متعهد به طور قانونی از ایفای تعهد و آثار آن رها می‌شود؛ ولی امروزه لزوم تضمین بازگشت سرمایه و ترغیب سرمایه‌گذاران به انعقاد قرارداد، سبب شده تا ثبات قرارداد و عدم انحلال آن، حتی در فرض وجود معاذیر قراردادی، از سوی تجار مورد توجه قرار گیرد و عرف بازرگانان شرط خلاف معاذیر قراردادی را در برخی قراردادهای

مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است. بنا به مراتب، رأی شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است.»

مربوط به سرمایه گذاری نظیر اجاره مالی، ایجاد نماید. وجود این شرط، به این معناست که قرارداد در صورت حدوث معاذیر نیز به حیات خود ادامه می‌دهد و منحل نمی‌گردد. چنین شرطی نوعی تضمین نتیجه (بالا تر از تعهد به نتیجه) را برای مشروطه تأمین می‌نماید که در هر حالتی تعهد مشروط علیه برقرار خواهد بود. محدوده شرط حتی می‌تواند تا آنجا گسترده شود که استناد به دفاعیات را از سوی متعهد نیز محدود نماید؛ وجود این شرط در موارد تعسر اجرای تعهد، متعهد را ملزم به ایفای تعهد و در فرض تعدر، ملزم به جبران خسارت می‌نماید. بدیهی است که کارکرد شرط، مطلق نبوده و استثنائاتی مانند حسن نیت، نظم عمومی، عدم امکان استناد در قراردادهای مصرفی و ... به آن وارد گردیده است.

در حقوق ایران، قانونگذار، رویه قضایی و حقوقدانان صراحتاً در خصوص پذیرش شرط خلاف معاذیر قراردادی اظهار نظر ننموده‌اند؛ مهمترین مانع پذیرش این شرط، قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفا بمدلوله» و مقررات ضمان معاوضی است. لکن با تدقیق در موضوع می‌توان قایل به این نظر بود که حقوق ایران ظرفیت پذیرش این شرط را دارد؛ چه اینکه قواعد مزبور در مواردی که وضعیت قرارداد در فرض تحقق معاذیر قراردادی، با قصد مشترک طرفین تعیین تکلیف شده، اجرا نمی‌گردد. به نظر می‌رسد که ضرورت‌های اقتصادی موجب آن گردیده رویه قضایی نیز به سمت و سویی متمایل شود که به قرارداد طرفین و شروط آنها صحنه گذاشته شود و طرفین بتوانند روابط آینده خود را پیش‌بینی و قاعده‌گذاری نمایند؛ هر چند که در وهله اول خلاف عدالت و انصاف به نظر آید. بی‌شک پذیرش شرط نمی‌تواند مطلق باشد و بایستی همانند کامن‌لا محدودیت‌هایی نیز وضع گردد؛ همانند وضعیتی که یکی از طرفین عامدانه و یا متقلبانه موجب دشواری و یا غیرممکن شدن قرارداد می‌گردد. وضع این محدودیت‌ها و استثنائات مستلزم قانونگذاری در این حوزه است.