

فصلنامه علمی (مقاله علمی - پژوهشی) جامعه شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره اول (پیاپی ۵)، بهار ۱۳۹۸، صص ۲۰۵-۱۹۲

باز پژوهی ملاک ها و ضوابط تحقق قوه قاهره در پرتو اعتبار قضایی یافته ها و پیشرفت های علمی در عرصه دانش فنی و مهندسی

الهام حافظی^۱ تاریخ دریافت: ۹۸/۱/۱۵

دکتر سید مرتضی قاسم زاده زاویه^۲

تاریخ پذیرش: ۹۸/۲/۲۰

دکتر احمد باقرزاده^۳

چکیده

امروزه قوه قاهره به عنوان یکی از اصطلاحات معمول و متداول در حقوق قراردادی شناخته می شود که اثبات یا عدم اثبات آن در دعوی می تواند منشا آثار متعدد باشد. برای تشخیص قوه قاهره در کشورهای مختلف و نظام های حقوقی گوناگون سه معیار پیش بینی پذیری، قابلیت رفع و دفع و معیار خارجی بودن به عنوان معیارهای تحقق قوه قاهره معرفی شده اند. آنچه مسلم است آن است که طبیعتا در مواردی شرایط و اوضاع قراردادی تحت تاثیر قوه قاهره قرار می گیرد با این حال آنچه تبیین و بررسی آن ضروری است این است که نقش دانش روز از جمله پیشرفت های فنی و مهندسی در شناخت وضعیت قوه قاهره تا چه اندازه موثر و معتبر است. در قوانین و رویه قضایی کشورهای گوناگون در نظام های حقوقی نوشته و عرفی مشاهده می شود که اثبات وضعیت قوه قاهره امری کاملا عرفی است و با ملاک های عرفی سنجیده می شود و از این منظر از آنجا که عرف مبتنی بر دانش عمومی است یافته ها و پیشرفت های فنی و مهندسی نقشی به سزا در مشخص کردن حدود و ثغور قوه قاهره دارد و انگهی مادام که ثغور اعتبار دانش فنی مشخص نشود استناد به آن در دادگاه بلاوجه است. در مقاله حاضر با روش تحلیلی توصیفی به این مساله پرداخته شده و ابعاد و جوانب مختلف موضوع مورد بررسی قرار گرفته است.

کلمات کلیدی

اعتبار حقوقی، فورس ماژور، قوه قاهره، مسئولیت قراردادی.

پرونده علمی و مطالعات فقهی
رتال جامع علوم انسانی

^۱ الهام حافظی، دکتری حقوق، قوه قاهره، فصلنامه علمی (مقاله علمی - پژوهشی) جامعه شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره اول (پیاپی ۵)، بهار ۱۳۹۸، صص ۲۰۵-۱۹۲. elhamhafezi111@gmail.com

^۲ سید مرتضی قاسم زاده زاویه، دکتری حقوق، قوه قاهره، فصلنامه علمی (مقاله علمی - پژوهشی) جامعه شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره اول (پیاپی ۵)، بهار ۱۳۹۸، صص ۲۰۵-۱۹۲. Sayed.m.qasemzadeh@gmail.com

^۳ احمد باقرزاده، دکتری حقوق، قوه قاهره، فصلنامه علمی (مقاله علمی - پژوهشی) جامعه شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره اول (پیاپی ۵)، بهار ۱۳۹۸، صص ۲۰۵-۱۹۲. aa-bagherzadeh@azad.ac.ir

معافیت از انجام تعهد یا عذر موجه که از آن به قوه قاهره یا فورس ماژور نام برده می شود یکی از موضوعات مهم در تعهدات قراردادی و غیر قراردادی است که از سطح خرد در زوابط اشخاص حقیقی جامعه تا سطح کلان و روابط حقوقی اشخاص حقوق بزرگ نظیر دولت ها و سازمان های بین المللی قابل ارزیابی و بررسی است. طرفی که استناد به وقوع فرس ماژور می نماید باید اثبات کند که با توجه به امکانات فنی و مهندسی موجود در اختیار او امکان دفع عامل خارجی میسر نبوده و در مقابل طرف دیگر دعوا نیز با استناد به یافته های فنی و مهندسی سعی بر آن دارد تا ادعای خود مبنی بر کم کاری طرف مقابل را به اثبات رساند. بر این اساس استناد به امکانات فنی و مهندسی و نیز یافته های تازه علمی در این عرصه از اهمیت به سزایی برخوردار است. آنچه در این موضوع قابل توجه می باشد اعتبار یافته های علمی در مقام اثبات یا دفاع در محکمه است که در قالب های مختلفی از جمله در قالب کارشناسی و نظریه کارشناس متبلور می شود. در مقاله حاضر به بررسی حدود و ثغور قوه قاهره و نیز نقش دخالت دانش مهندسی در این عرصه خواهیم پرداخت.

گفتار اول: ماهیت و ضوابط عمومی تحقق فورس ماژور

دکترین یا شرط معافیت فورس ماژور چه در سطح ملی و چه در سطح بین المللی، نقش مهمی را در حمایت از طرفین قرارداد ایفا می کند. چنین دکترین یا شرطی، انجام تعهداتی را که عملاً یا تقریباً غیر ممکن شده است را طبق قرارداد، معاف می سازد. مفهوم فورس ماژور در حقوق سیویل لا و دکترین فراستریشن یا انتفای قراداد در کامن لا به اندازه ی شروط قراردادی فورس ماژور ممکن است چنین تأثیراتی را به همراه داشته باشد.

مفهوم فورس ماژور (قوهی مافوق)^۴ از حقوق رم نشأت گرفته است تحت عنوان ویس ماژور^۵ یا ویس دیوینا^۶ مطرح شده و به معنای وقایع غیرقابل پیش بینی و غیرقابل اجتنابی است که طرف متعهد را از اجرای تعهد معاف می سازد. این مفهوم بعدها در کشورهای دارای سیویل لا یا حقوق نوشته اتخاذ شد و امروزه در مجموعه قوانین فرانسه (کد ناپلئون) یافت می شود که به سال ۱۸۰۴م بر می گردد. حقوق نوشته بیشتر از آنکه خسارت یا جبران آن را مدنظر قرار دهد، ایفای تعهد را ملحوظ نظر قرار داده است. از آنجا که از این اصل پیروی می کند که یک طرف قرارداد نمی تواند متعهد به اجرای غیرممکن شود، حتی اگر در قرارداد، آن را به عهده گرفته باشد.

در حوزه های قضایی سیویل لا، فورس ماژور (عذر عدم اجرا) را حتی در نبود مقررات صریح قراردادی، می پذیرد و دلیل آن، مقرر گردن حقوق و مجموعه قوانین داخلی است که فورس ماژور را رافع مسئولیت متعهد در شرایطی که امکان اجرای تعهداتش از میان رفته است می دانند. اگرچه در کشورهایی با سیستم حقوق نوشته در رابطه با مفهوم فورس ماژور شباهت های بسیار وجود دارد اما تفاوت هایی نیز هست.

ماده ی ۱۱۴۸ مجموعه ی قانون مدنی فرانسه مقرر می دارد:^۷

⁴ Superior Force

⁵ Vis Major

⁶ Vis divina

⁷ Article 1148 of The French Civil Code: No Claim for damages arises where a debtor was prevented from transforming or from doing that to which he was bound, or did what was forbidden to him, by person of force majeure or of a fortuitous event.

هنگامی که متعهد از انتقال یا انجام تعهدی که بدان ملزم شده، بازداشته شود یا انجام آن برایش ممنوع شده باشد به علت فورس ماژور یا یک رویداد اتفاقی، هیچ گونه ادعایی برای مطالبه ی خسارت وجود نخواهد داشت.

ماده ی ۱۴۷۰ مجموعه قانون مدنی کبک کانادا عنوان می کند:^۸ یک شخص ممکن است خود را از مسئولیتی که بواسطه ی وارد آوردن خسارت به دیگری ایجاد شده، به وسیله ی اثبات آن که این عمل ناشی از یک قوه ی مافوق^۹ (فورس ماژور) بوده است برهاند مگر آن که قبلاً جبران خسارت آن را بر عهده گرفته باشد.

قوه ی مافوق یا سوپرایر فورس، یک واقعه ی غیرقابل پیش بینی و اجتناب ناپذیر است که شامل دلایل خارجی با همان خصوصیت فورس ماژور می شود و در این باره ماده ی ۳۳۶ مجموعه قانون مدنی یونان اظهار می دارد:^{۱۰} متعهد از اجرای هرگونه تعهدی که ناشی از عدم امکان اجرا برای او باشد معاف است اگر ثابت کند که این عدم امکان مربوط به واقعه ای است که او هیچ گونه مسئولیتی در قبال آن ندارد. متعهد این وظیفه را دارد که بعد از آگاهی از عدم امکان اجرای تعهداتش، فوراً طرف دیگر را آگاه سازد.

این واقعیت که قانون فرانسه از هردو واژه ی «واقعه ی اتفاقی»^{۱۱} و «فورس ماژور» استفاده می کند بیانگر این است که یک تفاوت قراردادی میان این دو مفهوم وجود دارد. از نظر تئوریک، واقعه ی اتفاقی ممکن است دلالت بر خسارتی داشته باشد که ناشی یا در حیطه ی کنترل متعهد بوده است (مانند آتش سوزی) که به طور نسبی غیرقابل رفع است.^{۱۲} از طرفی واقعه ی فورس ماژور، نشانگر واقعه ای خارج از حیطه ی کنترل متعدد است (مانند سیل) که بطور مطلق، غیر قابل رفع است. در عمل، حقوق فرانسه و کبک، از هردو اصطلاح به صورت جایگزین استفاده می کنند. به علاوه، به نظر می رسد که اصطلاح فورس ماژور بیشتر از اصطلاح واقعه ی اتفاقی به کار رفته است.

بر اساس حقوق فرانسه سه عامل برای واجد شرایط شدن فورس ماژور لازم است:

خسارتی که ناشی از رخداد فورس ماژور است باید خارجی، غیر قابل پیش بینی و غیرقابل اجتناب باشد. این سه عامل باید با یکدیگر جمع شوند.^{۱۳} خارجی بودن یا خارج از حیطه ی فعالیت یا کنترل بودن ناظر بر مواردی چون «کار خدا»، «جنگ»

⁸ Article 1470 of The Quebec Civil Code: A person may free himself from his liability for injury Caused to another by proving that the injury results from superior force, unless he undertaken to make reparation for it.

⁹ Superior Force

¹⁰ Article 336 of The Greek Civil Code: the debtor is excused if performance of any obligation caused by his inability to perform if he proves that his inability is due to an event for which he was not responsible. The debtor has the obligation to notify the Creditor immediately after he becomes aware of his inability to perform.

¹¹ Fortuitous

¹² Philippe LE Tourneau, Droit De La Responsabilite Des Contrats, Dalloz, 6h ed. (2006 - 2007), pp.482 - 483.

^{۱۳} برای توضیح بیشتر رک به :

یا «مجوز قانونی» است که در قراردادهای مربوط به حمل و نقل زمینی یا دریایی کالاها یا حتی سرمایه گذاری، رافع مسئولیت می باشد.

با این وجود در موارد خاصی، حتی وقایعی که معمولاً داخل در حیطه ی فعالیت یا کنترل متعهد فرض می شود، توسط دادگاه های حقوق نوشته، واجد شرایط فورس ماژور تلقی شده اند،^{۱۴} که در این خصوص اعتصاب کارمندان، در حقوق فرانسه، کبک و یونان، مصداقی از فورس ماژور قلمداد شده است. در نتیجه ممکن است گفته شود که در سیویل لاء خارجی بودن مانع فورس ماژور به عنوان عامل اساسی مفهوم فورس ماژور جدای از عوامل غیرقابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب، در نظر گرفته نمی شود. در مفهوم فورس ماژور در نظام حقوقی نوشته، غیر قابل پیش بینی بودن مانع، هنگام انعقاد قرارداد، بیش از هرچیز دیگر حائز اهمیت است. حتی اگر وقایع اتفاقی چون جنگ در زمان انعقاد و تشکیل آن قابلیت پیش بینی داشته باشد آنچه باید مورد توجه قرار گیرد غیر معمول بودن، نادر بودن و سوپرایز بودن مانع است. با این حال در دادگاه های فرانسه، اینکه مانع فورس ماژور باید مطلقاً غیرقابل پیش بینی باشد، به طور بدوی و از ابتدا حاکم بوده است.^{۱۵}

در مورد عامل سوم که غیر قابل کنترل بودن مانع است، اگر مانع اجرای تعهد را غیرممکن نکند چه به صورت موقت چه دائم، در حقوق کشورهای نوشته، از جمله فرانسه فورس ماژور قلمداد نمی شود و به تبع آن رافع مسئولیت نیز نیست مثل دشواری یا غیرعملی بودن تجاری.^{۱۶}

در حقیقت، دکتترین فورس ماژور در سیستم کامن لا که در طی سال ها، تکامل یافته است، از قرن ۱۹ میلادی به عنوان مترادف دکتترین عدم امکان^{۱۷} اجرا در کامن لا به کار رفته و در جهت غیرعملی شدن^{۱۸} قرار گرفته است.^{۱۹} در کشورهای انگلستان و ایالات متحده ی آمریکا، دو دکتترین فوق با دکتترین فراستریشن یا انتفای قرارداد مرتبط می باشد و بدین معنا است که وقوع مانع بر سر اجرای تعهدات، اجرای آن را از آنچه در ابتدا در مورد انعقادش توافق شده بود بسیار متفاوت ساخته به طوری که موجب غیر عاقلانه شدن اجرای تعهد شده، لیکن آن را ناممکن نساخته است. به طور کلی در کامن لا، قرارداد بیشتر شبیه به ضمانت اجراست، اگر یک طرف تعهد، یکی از تعهدات مندرج در قراردادش را نقض کند، طرفی که متحمل خسارت شده، بدون در نظر گرفتن تقصیر عدم انجام طرف تعهد، حق ادعای جبران خسارت دارد.

Edition YvonBlais, 6h ed. (2005), 938. Greece: Supreme, Court (2003), No. 67/2003 (320126) Nomos - However the analysis that follows proves the relativity of the Concept based on three elements.

¹⁴ (Ibid) France: Larromet, Supranote, 830/ Quebec: Baudouin/jodin, supra Note, 938.

¹⁵ France: Cass 1 Civ. (3 July 2002), No.99 -20217 legifrance. Ouebec: in Metal Recycle (FNF) inC.V.Transnat Express inC., the court held that theft of goods transported by the carrier is not a force majeure event except in extraordinary Circumstances. Greece: Athens Court of Appeals (1987), No. 1432/1987 (64296) Normos

¹⁶ Perillo, Joseph, "Force Majeure and Hardship Under the Unidroit Principles of International Commercial Contract", 5 Tulane Journal of International Comparative Law (1997), 5, 7.

¹⁷ Impossibility

¹⁸ Impracticability

¹⁹ SPJM Declera."Modern Analysis of the Legal Effects of Force Majeure Clauses in Situation of Commerical Impracticability" 15 Jounal of Law, Commerce (1995), 273, 214.

The Authority English Cases on Impossibility and Impracticabilityare taylor V. Caldwell, 32 LYQB 164 (1836).

در حقوق انگلستان در قانون فروش کالا^{۲۰}، لفظ فورس ماژور به کار نرفته اگرچه ممکن است در پاره ای قراردادها از اصطلاح مذکور استفاده شود. در حقوق این کشور، نزدیکترین مفهوم به فورس ماژور، مفهوم انتفای قرارداد و عدم امکان اجراست اگرچه این دو نهاد در مفهوم و قلمرو با فورس ماژور تفاوت دارند. نکته ی مهمی که باید بدان اشاره کرد این است که به نظر می رسد شرط غیر قابل پیش بینی بودن حادثه بغیر مترغبه در این حقوق، بخشی از تئوری فورس ماژور و جزء شاخص های اصلی آن محسوب نمی شود و مدعی فورس ماژور تنها باید وقوع حادثه ی خارج از کنترل، اجتناب ناپذیری از آن یا عدم امکان کاهش آثار آن را اثبات نماید.^{۲۱}

در مجموعه قوانین متحد الشكل^{۲۲} تجاری آمریکا نیز، مبحث مستقلی تحت عنوان فورس ماژور یا حوادث غیر مترقبه یافت نمی شود اما در مواد ۲-۶۱۶ تا ۲-۶۱۴ این مجموعه به مواردی که مفهومی شبیه فورس ماژور دارند اشاره شده است. با مروری بر مواد مذکور مشاهده می گردد که در حقوق این کشورها شاخص غیر قابل پیش بینی بودن چندان مورد توجه نیست.

شناخت فورس ماژور و شرایط تحقق آن در حقوق موضوعه

اینکه چه شرایطی مصداق فورس ماژور است امری است که جز با مطالعه اوضاع و احوال امر مشخص نمی شود. در ادامه ملاک هایی که جهت شناخت وضعیت فورس ماژور ارائه گردیده است را بررسی می نمائیم:

الف: غیر قابل پیش بینی بودن^{۲۳}

یک حادثه ی غیر قابل پیش بینی معمولا به آن چه اطلاق می شود که در زمان عقد قرارداد، احتمال وقوعش به گونه ای منطقی و معقول، قابل پیش بینی نباشد. در تمامی نظام هایی که فورس ماژور یا سایر مفاهیم معافیت از اجرا وارد شده است، توجه به این مسئله لازم دانسته شده که مانع ایجاد شده نباید قابل انتساب به متعهد و ناشی از تقصیر او باشد؛ چه در صورتی که حادثه ی مذکور قابل پیش بینی باشد، متعهد موظف به اتخاذ تدابیر احتیاطی برای اجتناب از رخداد آن است و هنگامی که بدون توجه به لحاظ نمودن ریسک مرتبط با آن، قرارداد را منعقد کند، مرتکب نوعی تقصیر در معنای عام شده است^{۲۴} که موجب سلب مسئولیت از او نمی شود.

²⁰ - Sale of Goods Act (SGA)

مصوب سال ۱۸۹۳. اصلاحی در سال های ۱۹۷۹، ۱۹۹۲ و ۱۹۹۵

²¹ Benjamin's Sale of Goods Board of Editors, 5th edition, Sweet & Maxwell, London, p. 426.

²² Uniform Commercial Code (UCC)

²³ unforeseeability

²⁴ با این همه در یکی از پرونده های مربوط به کانال سوئز، قاضی آمریکایی چنین رای داد که قابلیت پیش بینی یک واقعه لزوما به معنای تخصیص زیست مرتبط با آن واقعه نیست. اما باز به دلایل دیگر از اعضای معافیت جلوگیری شد.

Transnational Finance Corporation V. United States 363 F20 312 at 318 1966; Treitel, SirGuenter, "Frustration and Force Majeure", Sweet & Maxwell. 2008, P-50, para 13-0110; David Rivkin.W, "Lex Mercatoria and Force Majeure", pub ICC, No 480,4,1999, p.169.

برای مثال در یک پرونده ی دزدی که موضوع آن، مورد دزدی مسلحانه واقع شدن یک هتل لوکس با مشتریان ثروتمند و لوازم و ظاهر لوکس بوده، دادگاه چنین رأی داد که واقعه ی رخ داده چندان غیرقابل پیش بینی نبوده است حتی اگر هتل مذکور در این زمینه (دزدی گسترده)، هیچ گونه تجربه ای نداشته باشد.^{۲۵}

همچنین از آن جا که مسئولیت قراردادی ناشی از رضایت طرفین به قرارداد است پس اگر واقعه ای قابلیت پیش بینی داشته است. بدین معناست که طرفین به آن رضایت داده اند و با وقوع مانع، یک طرف تعهد نمی تواند به انکار آن چه قبلاً پذیرفته بپردازد.^{۲۶}

به طور کلی در زمینه پذیرش عدم قابلیت پیش بینی یک واقعه، شاید بتوان قائل به تفکیک میان «پیش بینی نشده» و «غیر قابل پیش بینی» شد. بدین صورت که واقعه ای ممکن است قابلیت پیش بینی داشته باشد اما توسط طرفین تعهد در زمان عقد قرارداد، اصلاً در نظر گرفته نشده است. از طرفی دیگر گاهی واقعه ای رخ می دهد که به طور کلی غیرقابل پیش بینی است. در مورد نظریه ی واقعه ی «پیش بینی نشده» صرف این که امری در نظر یا تصور طرفین نبوده می تواند از جمله شاخص های فورس ماژور قلمداد شود در صورتی که در مورد نظریه ی واقعه ی «غیرقابل پیش بینی»، مانع ایجاد شده حتماً باید قابل پیش بینی باشد؛ بدین معنا که پیش بینی وقوع آن در زمان انعقاد قرارداد به هیچ روش معقولی ممکن نباشد.^{۲۷} که در بیشتر موارد همین نظریه مورد توافق قرار گرفته است.

ممکن است گفته شود که بحران های اقتصادی هم در قالب نوسانات قیمت گنجانیده می شود اما تفاوت عمده ی بحران اقتصادی با مفهوم اخیر، این است که یک بحران اقتصادی می تواند ظرف مدت کوتاهی از اجرای قرارداد اتفاق بیفتد که به سختی بتوان پیش بینی کرد چنین تغییر قیمتی در طول مدتی کوتاه، عملی است. به نظر عده ای اگر بحران اقتصادی آن قدر شدید باشد که به از بین رفتن بخش عمده ای ارزش یک ارز منجر شود، مسئله ی ایجاد شده باید با قانون گذاری جدید حل شود و اصول حقوقی (مثل فورس ماژور) در اینجا چندان کارساز نیست.^{۲۸}

دادگاه های ایتالیا نیز ماده ۱۴۶۷ قانون مدنی خود را در موارد افزایش قیمت به سختی قبول می کنند و برآنند که افزایش قیمت ها، قابل پیش بینی هستند و یا آن قدر غیر عادی نیستند که موجب اعطای معافیت از اجرا گردند. این رویکرد نشان دهنده ی آن است که اگر تغییرات غیرعادی باشد، می تواند موجبی برای استناد به عذر عدم اجرا گردد.^{۲۹} چنین گفته شده است که تنها راهی که در آن، دادگاه های آمریکا به دلیل افزایش قیمت در قراردادهای بلند مدت، اعطای معافیت کرده اند پرونده ی «شرکت آلومینیوم آمریکا علیه گروه ایسکس اینکورپوریشن» بوده است.^{۳۰}

²⁵ Firoozmand, Mahmoud Reza, *Supra* note 72, p.164

²⁶ M Perillo, Joseph, "Force Majeure and Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contract", *Tulane Journal of International Law and Comparative Law* 5, 1997, p.118.

²⁷ Brunner, Christopher, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non Performance in International Arbitration*, Kulwer 2009, p. 157.

²⁸ Treitel, Sir Guenter, *above* note 95, p. 305. Para 6-045.

²⁹ Rivkin, David *above* note 95; Article 1467 Italian Civil Law, 1942: "Where Extra Ordinary and Unforeseeable Events Render One Party's Performance under a Continuous or Periodic Contract Excessively Onerous, that Party may Dissolve the Contract unless the Party Offers to Modify the Contract in an Equitable Manner."

³⁰ *Aluminum co of America V. Essex Group Inc.* 4999. F2d At 253 (1980). available at: www.quimbee.com/Cases/708681 (Last access: 3/11/2014)

ب: غیر قابل کنترل بودن یا عدم امکان^{۳۱}

یکی دیگر از شاخص های تعیین کننده ی فورس ماژور که بیشترین ارتباط را با مفاهیم فنی و مهندسی می یابد، غیرقابل اجتناب یا غیر قابل کنترل بودن مانع است که از آن به "ناممکن شدن اجرا" هم نام برده می شود و به این امر اشاره دارد که اجرای تعهد با وقوع چنین حادثه ای، صرفا دشوار نشده بلکه متعهد را از اجرای آن باز داشته به صورتی که با تلاش و هزینه ی معقول هم مانع از بین نرود. در حقوق ایران، ماده ی ۲۲۹ قانون مدنی بدین شرط تصریح و در حقوق فرانسه، ماده ی ۱۱۴۸ قانونی به آن اشاره می کند.

در اینجا دو مسئله، قابل طرح است. یکی اینکه معیار غیرقابل کنترل بودن، معیاری شخصی است یا نوعی و دیگری اینکه آیا خارج از کنترل بودن، حد یا حدود خاصی دارد تا مورد پذیرش قرار گیرد؟ در حقوق فرانسه گفته می شود مقصود از عدم امکان در این باب، عدم امکان مطلق است نه نسبی یا شخصی.^{۳۲} یعنی حادثه ای فورس ماژور محسوب می شود که باعث عدم امکان اجرای تعهد برای همه باشد، نه فقط برای متعهد و ناشی از وسایل و امکانات ضعیف و محدود او.^{۳۳}

برای تشخیص عدم قابلیت کنترل یک مانع معمولا از اصطلاحاتی مانند «به طور معقول قابل کنترل نباشد» استفاده می شود یا اینکه گفته می شود انجام تعهد بطور نوعی غیرممکن شده باشد. به طور نوعی یعنی در نظر گرفتن وضعیت متعهد با توجه به نوع و هدف قرار داد و اینکه رفتار دیگران در وضعیت او به چه نحوی خواهد بود. در حقوق آمریکا نیز ظاهرا همین نظر پذیرفته شده است: مثلا به موجب برخی آراء، اعلام شده است که اعسار یا ورشکستگی متعهد که از موارد عدم امکان شخصی است، موجب معافیت او نخواهد بود^{۳۴} البته باید توجه داشت اگر قرارداد از نوع خاصی باشد که ذی نفع با توجه به ویژگیهای متعهد، او را برگزیده است، دیگر معیار نوعی کاربرد ندارد. در مورد میزان و حدود عدم قابلیت کنترل نیز باید گفت که عدم امکان اجرا باید مطلق باشد که در آرای مختلف هم بدان اشاره شده است.^{۳۵}

در اینجا است که تفاوت مفهوم تعسر اقتصادی و غیر عملی بودن تجاری با فورس ماژور، روشن می شود به گونه ای که در مورد اخیر لازم نیست اجرا، غیرممکن شده باشد همین که بسیار دشوار شده باشد یا با صرف هزینه های گزاف، شدنی یا به نحو اساسی توازن اولیه قرارداد را برهم زده باشد، کافی است.

³¹ Insurmountability-Impossibility.

³² subjective

³³ صفایی، سید حسین " قوه ی قاهره با قورس ماژور بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی"، مجله ی حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ش ۶، تابستان ۱۳۶۴، ص ۱۱۹.

³⁴ CORBI on Contract, T, 1962, 1332.

³⁵ رأی ۳۷۴۰ در سال ۱۹۸۱ از دیوان داوری اتاق بین المللی بازرگانی که صرف تصدی دولت به تجار به طور کلی مبنی بر عدم صادرات کالا را کافی ندانسته بود چون معتقد بود به حد کافی، اجرای تعهد را ناممکن ساخته و شاید هنوز تأجر می توانسته مجوز صادرات را بدست آورد و مانع از آن بین ببرد به نقل از:

Melis warner, " Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts, in View of the Practice of ICC court of Arbitraion ", Journal of International Arbitration 81, 1984, p 219.

از ویژگی های دیگر فورس ماژور، خارجی بودن آن است. بدین معنا که خارج از تعهد و قلمرو مسئولیت او باشد. تأکید بر وجود این خصیصه به این علت است که متعهد نباید برای وقایعی که خودش مسئول آنهاست معاف از اجرا شود. بنابراین، عیب مواد اولیه با تقصیر کارکنان متعهد، قوه قاهره به شمار نمی آید هر چند که غیر قابل پیش بینی و غیر قابل کنترل باشد.^{۳۷}

در ماده ی ۲۲۶ قانون مدنی ایران با عنوان اینکه «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام، بواسطه ی علت خارجی بوده است که نمی توان به او مربوط نمود.» به نکته ی فوق اشاره شده است . ماده ی ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه نیز که دارای عبارت مشابه ماده ی ۲۲۶ قانون مدنی ایران است، با ذکر جمله ی «علت خارجی که قابل انتساب به متعهد نباشد» مفید همان نکته است.

به نظر می رسد داخلی یا خارجی بودن مهم نیست؛ بلکه مهم این است که حادثه قابل انتساب به متعهد نباشد و به تعبیر قانون مدنی ایران چنان باشد که عرفاً نتوان آن را به متعهد مربوط دانست. بنابراین تقصیر متعهد با قوه ی قاهره قابل جمع نیست: در آنجا که قوه ی قاهره محقق شود، تقصیر از سوی متعهد منتفی است.

اینکه حادثه ی ناشی از تقصیر متعهد یا اشخاصی که متعهد، جوابگوی اعمال آنهاست، فورس ماژور محسوب نمی شود، ظاهراً مورد اتفاق نظر همه ی نظام های حقوقی است. در گزارش دبیرخانه ی سازمان ملل متحد هم ضمن لازم دانستن رابطه ی سببیت بین واقعه ی فورس ماژور و عدم اجرای تعهد، به این نکته اشاره شده است.^{۳۸}

در مورد دولت ها ممکن است ادعای فورس ماژور رد شود چون به سختی قابل تصور است که امور داخلی را در شرایط معمول، خارج از کنترل یک دولت دانست. برای مثال در «دعوی ای ای پی . آل علیه دولت سریلانکا» چون اقدامات دولت، تنها راه ممکن برای مقابله با شرایط موجود نبوده است و همچنین، آن شرایط دشوار را خود دولت بوجود آورده بود، ادعای فورس ماژور رد شد. در واقع دیوان داوری بر این نظر بود که دولت می بایست قبل از حمله به کارکنان سرمایه گذار به منظور عملیات ضد تروریستی، اقداماتی احتیاطی انجام دهد، لذا اعمال ارتش برای دولت، خارجی تلقی نمی گردد.^{۳۹} همانطور که در پیش نویس مسئولیت بین المللی دولتها، ماده ی ۲۳ به این مسئله پرداخته شده است.

گفتار دوم : ماهیت و اعتبار یافته های فنی و مهندسی در تشخیص قوه قاهره

پیش از طرح پرسش اصلی درباره طبیعت یافته های فنی و مهندسی در تشخیص قوه قاهره و جایگاه آن ابتدا باید مشخص شود که این یافته ها با کدام از یک مفاهیم "اماره" و یا "دلیل" منطبق است . دلیل ، به معنای خاص خود ، عبارت از امری است که ذهن را به طور مستقیم به واقع هدایت می کند و شخص را به یقین یا ظنی نزدیک به آن (متأخم به علم) می رساند ، ولی ، اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که همراه و قرین با واقع است و ذهن باید از این تقارن به یاری تجربه به واقع پی

³⁶ Externality

^{۳۷} صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۲۳
^{۳۸} گزارش دبیر خانه سازمان ملل: ش ۱۵، ص ۷۰.

³⁹- APLV Srilanka, mard, 27 June 1990, 30ELM (1991) 577, paras 72 - 86,

at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal Available Listconcluded.> (Last access:3/11/2014)

ببرد. تجربه مرسوم در این زمینه نیز حکم غلبه است: بدین معنی که، اگر اوضاع و احوالی به تکرار و در غالب موارد همراه و قرین با واقعیتی شود، ذهن با دیدن آن اوضاع و احوال چنین نتیجه می گیرد که به احتمال زیاد به آن واقع رسیده است. به بیان دیگر، در استناد به دلیل، میان آنچه حس می شود و آنچه به فهم در می آید ملازمه عقلی یا عادی یا قانونی هست، ولی در اماره این ملازمه وجود دارد و احتمال خلاف آن، هر چند ناچیزتر از حکم غلبه، وجود دارد. به همین جهت، دلالت دلیل بر واقع قطعی است، در حالی که دلالت اماره ظنی و ناشی از غلبه است.

نتیجه مهمی که از این تحلیل گرفته شده است چنین خلاصه می شود که دلیل قدرت مقابله با دلیل دیگر را دارد و ذهن یا قانون باید به ترجیح یکی بر دیگری بپردازد، در حالی که اماره همیشه در برابر دلیل رنگ می بازد و قدرت مقاومت ندارد. ماده ۱۳۲۳ ق.م. در تأیید این نتیجه اعلام می کند که امارات قانونی در کلیه دعاوی ... معتبر است، مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد و و بدیهی است که این نتیجه در اماره های قضایی که یافته های فنی و مهندسی می تواند یکی از آن ها به شما رود وجود دارد.

همان گونه که گفته شد، در قانون مدنی یافته های فنی و مهندسی در زمره دلایل نیامده است و این به ظاهر مخالفت با دلیل بودن آن و لزوم الحاق به یکی از دلایل می کند. از سوی دیگر، قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۲۵۷ به بعد) کارشناسی را (که از طریق استناد به یافته های فنی و مهندسی صورت می پذیرد) در زمره دلایل آورده است.

در پاسخ استنباط از قانون مدنی، می توان چنین تعبیر کرد که مقصود پیروی از نظر مشهور در فقه، الحاق کارشناسی به شهادت بوده است و در فرض موضوع مقاله به این معنا که یافته های فنی و مهندسی در قالب شهادت در دادگاه قابل استناد اند. در مورد قانون آیین دادرسی مدنی نیز می شود ایراد کرد که قانون نظر به مفهوم عام دلیل دارد که هم شامل دلیل به معنی خاص (مانند اقرار و سند و شهادت) است و هم به امارات. پس، شبهه باقی می ماند که استناد به یافته های فنی و مهندسی در زمره دلایل است یا امارات.

از نظر سنتی، به رویدادی که قانون نتیجه آن را قطعی و یقینی اعلام نکرده یا به گونه ای است که ذهن را به یقین نمی رساند و احتمال مخالفت در آن وجود دارد، دلیل به معنی خاص گفته نمی شود^{۴۰}، استقراء و تجربه و اتکاء بر فرضیه و تحقیق در دانش تجربی نیز از این قبیل است و نتایج آن را حداکثر می توان اماره نامید و تنها منطق ریاضی است که به دلالت یقینی می انجامد. بر این پایه، استناد به یافته های فنی و مهندسی و شخصی که به آن استناد می کند، جز در مورد نقل مشاهدات خود، اماره است نه دلیل ولی، منطقی تر به نظر می رسد که این موضوع محدود را که یادگار عهد قدیم و در اثر منطق موجود در لسان فقها است، باید ترک گفت، امروزه علم بر پایه فرضیه ها و استقراء و ظن ها و احتمال ها استوار است و هیچ نتیجه ای قطعی و یقینی و تمام شده نیست. همه چیز در حال تحول و حرکت و تکامل است و علم را در خلال همین حرکت و جوشش می بینند و سکون و قطع را نمی پسندند.

در چنین دنیایی، حقوق نیز نمی تواند خود را از معرکه دور بدارد و در قفس تنهایی خود بماند و حقوقدان نیز ناچار است جهان اعتبار را با واقعیت همگام سازد و به تجدید نظر در اصول سنتی بپردازد. بنابراین نتیجه استقراء و تجربه و ظن معتبر را

^{۴۰} کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۲، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۲۶۱.

باید به عنوان دلیل پذیرفت و نتیجتاً باید معتقد بود که یافته های فنی و مهندسی به عنوان دلیل معتبر است اما دلیلی که تغییر پذیر است و درجه ای از احتمال خطا را نیز دارد.

چنانچه به یافته های فنی و مهندسی از عینک سنتی دلایال و امارات در قانون مدنی نگاه شود این سوال مطرح می گردد که مگر آنچه را که با عنوان دلیل می پذیریم ما را به یقین می رساند؟ چه کسی می تواند تضمین کند که اقرار کننده، به دلیل حمایت از دیگران با دستیابی به منافع بیشتر با ده ها انگیزه دیگر، حقیقت را پوشیده نمی دارد و عدالت را فریب نمی دهد و چگونه است که اقراری شخصی می تواند مثبت وقوع قوه قاهره باشد اما یافته های علمی چنین توانی را ندارند.

قانون آیین دادرسی مدنی درباره اعتبار و قدرت اثبات کننده نظر کارشناس به عنوان کسی که به یافته های فنی و مهندسی استناد می نماید حکمی ندارد، در حالی که این امر نیز ممکن است در دادرسی مطرح و موجب اختلاف شود و یا علی رغم وجود قرائن متعدد دادرسی به آن بی توجه باشد.

اسناد به یافته های فنی و مهندسی در تشخیص قوه قاهره می تواند در هر دعوا مورد استناد واقع شود تا به دلیل برای رای قاضی بدل گردد. اعتبار استناد به این سافته ها به شرح ذیل قابل بررسی است.

برخی از حقوقدانان، استناد به یافته های فنی و مهندسی در تشخیص قوه قاهره را در زمره و ادله اثبات دعوی می دانند. نظریه تعریف دلیل، و با عنایت به اندراج بحث کارشناسی در فصل رسیدگی به دلایل در قانون آیین دادرسی مدنی، ظاهراً به دلیل بودن یافته های فنی و مهندسی مطابق این دیدگاه قابل توجه است^{۴۱}.

برخی دیگر از حقوقدانان، استناد به یافته های فنی و مهندسی در تشخیص قوه قاهره را از وسایل اثبات، دعوی محسوب نموده اند. وسایل اثبات دعوی کلیه ابزار و اشیایی هستند که اصحاب دعوی برای اثبات و دفاع از دعوی به دادگاه ارائه می دهند. وسایل اثبات دعوی غیر از ادله ای است که قانونگذار در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی احصاء کرده است. برخلاف ادله اثبات دعوی که بعضاً اعتبار خود را تنها از شارع و قانونگذار اخذ می کنند، وسایل اثبات دعوی اعتبار خود را از عقل اخذ می نمایند. ادله اثبات دعوی اخبار از حق می کنند اما، وسایل اثبات دعوی دلالت عقلی از حق دارند. مثل دلالت دود بر آتش و دلالت اثر انگشت بر وجود مؤثر.^{۴۲}

گروه دیگری از اندیشمندان و رویه قضایی، استناد به یافته های فنی و مهندسی در تشخیص قوه قاهره را از « امارات » محسوب نموده اند. رویه اغلب دادگاههای تالی و عالی آن است که نظریه کارشناسی را از امارات قضایی محسوب می کنند. استناد به یافته های فنی و مهندسی باید قناعت وجدان دادرسی را تأمین کند و هیچ گاه پذیرش آن بر او تحمیل نمی شود. به همین جهت، در ماده ۲۹۵ ق.آ.د.م. مقرر می دارد: در صورتی که نظر کارشناس (به عنوان مجرای استناد به یافته های فنی و مهندسی) با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد.

مفهوم ماده این است که دادگاه نمی تواند بعد از وصول نظر مستند به یافته های فنی و مهندسی به آن بی اعتنا بماند. هر اقدام که دادگاه می کند و هر اختیاری که به او داده شده است، ناشی از وظیفه حقگزاری است و باید موجه و قابل ارزیابی

^{۱۱} همم، ۸۸۸.

^{۲۲} همم، ۱۱۱.

بررسی بیشتر مفهوم فورس ماژور نشان می دهد که معیار های سه گانه خارجی بودن ، غیر قابل کنترل (دفع) بودن و غیر قابل پیش بینی بودن که برای تحقق فورس ماژور ذکر شده است همگی توسط معیارهای عرفی شناسایی می گردند . جز با تمسک به حرف نمی توان حدود و ثغور معیارهای مذکور را احراز نمود و آنچه بدیهی است حکایت از آن دارد که عرف مفسر قرارداد ، همواره تابع یافته های علمی می باشد . در میان شاخه های علمی یافته های فنی و مهندسی بیش از دیگر عرصه ها مبین حدود و ثغور قوه قاهره است . آنگونه که نشان می دهد چه امری قابل کنترل است و دفع چه مساله ای امکان ندارد ، دانش فنی است که پیش بینی پذیری یا عدم آن نسبت به امری را مشخص میکند و در یک کلام این دانش فنی و مهندسی است که موقعیت فورس ماژور را از موقعیت عادی تشخیص می دهد ؛ بر این اساس پیشرفت در حیطه فنی و مهندسی نقشی مستقیم در شناخت ما از مصادیق فورس ماژور دارد که شرح بیشتری از آن در متن مقاله منعکس گردید .

نکته دیگری که در این زمینه حائز اهمیت می باشد اعتبار قضایی یافته های فنی و مهندسی برای دادگاه است . یافته های فنی و مهندسی می تواند تحت دو مفهوم « دلیل » یا « اماره » برای دادگاه تحلیل گردد . نگرش سنتی موجود در قانون مدنی حاکی از اماره شمردن یافته های فنی و مهندسی است اما رویه ای که قانون آیین دادرسی مدنی در بحث کارشناسی تر پیش گرفته است این مفهوم را به ذهن متبادر می سازد که یافته های فنی و مهندسی امری میان دلیل و اماره اند که از طرفی دادگاه نمی تواند بی جهت استناد به آنها را کنار بگذارد و از طرف دیگر تعبدی به اصدار ای بر مبنای آن ندارد .



منابع و مأخذ

• کتاب‌ها و مقالات

- حیبی، محمود، تفسیر قراردادهای تجاری بین المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- حسین آبادی، امیر، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲-۲۱، ۱۳۹۲.
- حکمت، محمد علی، مجله حقوقی دفتر خدمات شماره ۲، تابستان ۶۴، ص ۶۸.
- شهیدی، مهدی، حقوق قراردادهای، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی، نشر امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۷.
- قشقایی، حسین، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸.
- صفایی، سید حسین "قوه ی قاهره با قورس ماژور بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی"، مجله ی حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ش ۶، تابستان ۱۳۶۴.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- Barak A., 2005, Purposive Interretation in Law, Princeton University Press and Oxford, New Jersey.
- Berger, Klaus Peter, Renegotiation and Adaption of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2009, P135.
- Brunner, Christopher, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non Performance in International Arbitration, Kulwer 2009.
- Bokstigel, Karl-Heinz, "Enterprise V. State". Annual International Arbitration, 27 September 2006, p.4.3; Scott Maravilla, Christopher, PP-83-84.
- Campbell-Henry, Black's Law Dictionary, 15th Edition, U.S.A, West Pub, 1983.
- Honnold, John. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 488; Schechtriem, Peter, Uniform Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Edition, Kluwer Law International, 1999.
- Murray, Carole. M.A. et al., Schmitthoffs Export Trade The Law and Practice of International Trade, Sweet & Maxwell, Eleventh Edition, 2000.
- Melis Warner, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts, in View of the Practice of ICC court of Arbitration", Journal of International Arbitration, 1984.
- Philippe LE Tourneau, Droit De La Responsabilite Des Contrats, Dalloz, 6th ed. (2006 - 2007)
- Quebec: Baudouin Jodin, Les Obligations, Edition YvonBlais, 6th ed. (2005), 938. Greece: Supreme, Court (2003), No. 67/2003 (320126) Nomos - However the analysis that follows proves the relativity of the Concept based on three elements.
- Perillo, Joseph, "Force Majeure and Hardship Under the Unidroit Principles of International Commercial Contract", 5 Tulane Journal of International Comparative Law (1997).
- SPJM Declera. "Modern Analysis of the Legal Effects of Force Majeure Clauses in Situation of Commerical Impracticability" 15 Journal of Law, Commerce (1995), 273, 214.

Trackman Dean, Leon E, "Declaring Force Majeure: Veracity or sham", August 2007, Selected Works. Bepress,

The Authority English Cases on Impossibility and Impracticability are Taylor v. Caldwell, 32 LYQB 164 (1836).

Treitel, Sir Guenter, "Frustration and Force Majeure", Sweet and Maxwell, 2008, p.514 para 13-012.

• دعاوی و پرونده ها

Cass 1 Civ. (3 July 2002), No.99 -20217 legifrance. Ouebec: in Metal Recycle (FNF) in C.V. Transnat Express in C., the court held that theft of goods transported by the carrier is not a force majeure event except in extraordinary circumstances. Greece: Athens Court of Appeals (1987), No. 1432/1987 (64296) Normos.

Transnational Finance Corporation V. United States 363 F20 312 at 318 1966; Treitel, Sir Guenter, "Frustration and Force Majeure", Sweet & Maxwell. 2008, P-50, para 13-0110; David Rivkin, W, "Lex Mercatoria and Force Majeure", pub ICC, No 480,4,1999, p.169.

National oil Corp. (Noc) V. Libyan sun oil co; First Award of 31 May 1985, 29 ILM (1990) p. 565 at p. 584 yearbook XVL (1991) 54 at P. 57; R. Doak, Bishop. International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of Lex Petrolia-1998-p. 1168, Available at: <http://www.translex.org/204462> (Last access 31/11/2014)

