

# تأملاتی در یک اثر حقوقی

## ○ مسلم خلفی

پژوهشگر و کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل

«قوه قاهره از قدیمی‌ترین و رایج‌ترین معاذیر قراردادی است که در نظام‌های مختلف حقوقی، البته به نام‌ها و شیوه‌های متفاوت، مورد بررسی و پذیرش قرار گرفته است، اهمیت روزافزون مبادلات و قراردادهای بازرگانی در دنیای امروز و پیچیده‌تر شدن روابط اجتماعی و اقتصادی، نگاهی دوباره و عمیق به معاذیر قراردادی را ضروری ساخته است. شباهت این معاذیر با یکدیگر از سویی و تفاوت آثار آن‌ها با یکدیگر از سوی دیگر، شناخت دقیق‌تر اسباب معافیت از اجرای تعهد و جداسازی شفاف آن‌ها را گریزناپذیر ساخته و به همین دلیل ارائه «شرط الگو» از اصلی‌ترین فعالیت‌های نهادهای حقوقی بین‌الملل، نظیر آنسیترال، گشته است.»

کتاب «قوه قاهره» به اعتقاد نویسنده‌اش درصد پاسخ دادن به سؤال‌های مهم است و می‌خواهد تعریف قلمرو، شرایط و آثار قوه قاهره را از نهادهای مشابه تفکیک کند (ص ۱) و تلاش کرده قوه قاهره را در حقوق اسلام (فقه)، حقوق ایران و آرا و تصمیمات دیوان داورای دعاوی ایران، ایالات متحده مورد مطالعه تطبیقی قرار دهد. این امر، مخصوصاً کنکاش در تصمیمات و آرای دیوان مزبور، موجب شده تا مباحث از حالت ذهنی و کلی خارج و به گونه‌ای موردی و عینی (Case study) مبدل شود. این ویژگی، فصل ممیز آثار حقوقی نویسندگان خارجی از آثار حقوقی اکثر نویسندگان ایرانی است. در حالی که آثار مکتوب و سخنرانی‌های علمی دسته نخست مملو از بیان مصداق‌های خارجی و تطبیق مباحث کلی حقوقی بر وقایع عینی و روزآمد می‌باشد، دسته دوم به طرح مباحث حقوقی به صورت ذهنی، نظری و کلی عادت کرده‌اند.

ویژگی دیگر این پژوهش - که به عنوان پژوهش برگزیده سال ۱۳۷۹ انتخاب و معرفی شد - طرح مباحث فقهی و یافتن معادل‌هایی برای قوه قاهره در فقه است. می‌توان نویسندگان حقوقی ایران را به سه گروه تقسیم کرد: یا با فقه آشنا نیستند و با حقوق بیگانه، یا از حقوق مطلعند و از فقه بی‌اطلاع و دسته سوم که کمتر از آن گروهند، آنانند که هم حقوق را به صورت آکادمیک در دانشگاه‌ها و هم فقه را به گونه مرسوم در حوزه‌های علمیه فراگرفته‌اند. نویسنده کتاب قوه قاهره را - که از یک دوره خارج فقه و اصول بهره جسته و از سوی دیگر کتاب حاضر تز دکترای وی در حقوق خصوصی می‌باشد - قاعداً باید جزو دسته سوم قلمداد کرد و به همین علت از عهده طرح مباحث فقهی و انطباق آن با حقوق به خوبی برآمده است. ربط دادن قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» به قوه قاهره و ذکر فروعات فقهی مربوط به آن و انطباق قاعده فقهی «غبن حادث» به تغییر بنیادین اوضاع و احوال نمونه‌ای از دقت نظر مؤلف در انطباق مباحث فقهی با حقوق است؛ گرچه در نظریه‌پردازی فقهی و انتزاع قواعد کلی از فروعات مطرح شده، انتظار خواننده آگاه به فقه و حقوق را برآورده نساخته است.

دیگر ویژگی کتاب، طرح برخی مباحث دقیق و ظریف حقوقی است که بستر ساز پژوهش‌های گسترده بعدی خواهد بود. تفکیک آثار قوه قاهره بر خود قرارداد از آثار

اشاره:

در شماره‌های گذشته، در مواردی که ممکن بود، نقد یک اثر را همراه با پاسخ نقد به صورت همزمان منتشر کردیم. این اقدام با استقبال خوانندگان و اهل نظر مواجه شد. در این شماره نقد کتاب «قوه قاهره» را همراه با پاسخ مؤلف در مقاله‌ی بعد، مطالعه خواهید نمود.



○ قوه قاهره: مطالعه تطبیقی در اسلام، ایران، تصمیمات

و آرای دیوان داورای دعاوی ایران - ایالات متحده

○ محسن اسماعیلی

○ سروش

○ ۱۳۸۱

آن بر تعهدات ناشی از قرارداد بررسی راستی و کژی این تفکیک از این قبیل است که خود می‌تواند موضوع پژوهشی مستقل و مفصل باشد.

و سرانجام با این که آرای فقهی متعددی در این کتاب یافت می‌شود، از آوردن عبارات‌های عربی پرهیز شده است. چه این که با عبارات‌های انگلیسی نیز همین برخورد شده است؛ این کار در برخی موارد به روانی و خوشخوانی کتاب آسیب رسانده است. (مانند نام فارسی دعاوی مطرح شده در دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده) اما به هرحال کتاب فارسی را باید به زبان فارسی نگاشت.

کتاب «قوه قاهره» با تمام برجستگی‌ها، برخی کاستی‌ها نیز دارد و در درستی برخی مطالب کتاب نیز تردید وجود دارد که به آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. همسان بودن سؤالات و فرضیه‌های تحقیق: نویسنده پنج فرضیه و به همان تعداد سؤال تحقیق برای پژوهش خود مطرح کرده است و جز در مورد اول چهار مورد دیگر فقط در عبارت‌پردازی تفاوت دارد. بنگرید: «دولت و سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی نیز می‌توانند به قوه قاهره استناد کنند» (فرضیه)؛ «آیا دولت و سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی هم می‌توانند به قوه قاهره، ناشی از انقلاب و تحولات اجتماعی استناد کنند؟» (سؤال تحقیق) و یا: «قوه قاهره موجب معافیت از مسئولیت است و اگر توافق خاصی در بین نباشد، از قاعده معروف «ضرر باید محدود به جایی باشد که وارد می‌شود» پیروی می‌گردد» (فرضیه)؛ «تحقق قوه قاهره چه اثری بر مسئولیت داشته و خسارت‌ها چگونه محاسبه می‌شوند؟» (سؤال تحقیق) و...

۲. علت استفاده از عبارت نامأنوس «شخص مورد نظر» در تعریف قوه قاهره مشخص نیست: «قوه قاهره عبارت است از حادثه‌ای ناگهانی و گریزناپذیر که قابل انتساب به شخص مورد نظر نباشد». این در حالی است که به جای این عبارت می‌توان از کلمه «متعهد» استفاده کرد. مگر آن که هدف، تعمیم تعریف به مواردی غیر از مسئولیت قراردادی باشد، که در این صورت نیز این گونه دقت‌ها معمول نیست؛ زیرا به جای تعریف، بر ابهام موضوع می‌افزاید. وانگهی کلمه «متعهد» در تعریف بسیاری از حقوقدانان ایرانی و خارجی از قوه قاهره، به کار گرفته شده است.

۳. نویسنده، تغییر اساسی اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده را به موجب بند ۱ ماده ۶۲ عهدنامه ۱۹۶۹ وین در خصوص معاهدات، یکی از «موجبات فسخ یا خروج از معاهده دانسته است (ص ۵۹). در حالی که بند ۱ ماده مزبور که متأثر از نظریه «بقای اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده» می‌باشد، از قابلیت «استناد»<sup>۲</sup> به تغییر اساسی اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده به عنوان دلیل فسخ یا خروج از معاهده سخن می‌گوید. بنابراین تعبیر «موجب فسخ یا خروج از معاهده شدن» صحیح نمی‌باشد. به علاوه در حقوق بین‌الملل همواره از «تغییر اساسی»<sup>۳</sup> اوضاع و احوال سخن گفته می‌شود نه تغییر اوضاع و احوال به صورت مطلق. همچنان که تغییر اساسی اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده به عنوان دلیلی مستقل از قوه قاهره به شمار می‌آید و این دو مطلب با این عقیده مؤلف سازگار نیست که می‌گوید: «گاه تغییر اوضاع و احوال چنان است که با کمی واقع‌بینی باید آن را در حکم فورس ماژور و موجب پایان قرارداد تلقی کرد. این همان موردی است که از آن به عنوان تغییر اساسی اوضاع و احوال یاد می‌شود» (ص ۵۹).

۴. به نظر می‌رسد در بیان مصادقات‌های قوه قاهره باید تأمل و احتیاط بیشتری نمود. بر شمردن «اقدام زبان دیده» به عنوان مصادقات قوه قاهره (ص ۱۰۲) جای تردید دارد. درست است که قاعده اقدام، بیانگر نفي مسئولیت طرف مقابل است، اما به عنوان دلیلی مستقل، نه به عنوان مصادقاتی از قوه قاهره، «وانگهی نویسنده در جای دیگر (ص ۱۳۲) قاعده اقدام را در عداد میانی و دلایل اشتراط «غیرقابل پیش‌بینی بودن قوه قاهره» آورده است. چگونه اقدام (که قوه قاهره فرض شده) دلیلی بر اشتراط شرطی برای قوه قاهره (یعنی خود) می‌باشد؟!

۵. در شمردن «شورش‌های مردمی» به عنوان مصادقاتی از قوه قاهره (ص ۱۰۹) لازم است بین موارد پیروزی و شکست شورشیان تفاوت قائل شد. کاری که برانلی و روسو انجام داده‌اند. برانلی می‌گوید: «شورشیان پیروزمند مسئول فعل

یا ترک فعل‌های غیر قانونی نیروهای خود در جریان مبارزه می‌باشند»<sup>۴</sup>. روسو نیز به استناد رویه قضایی می‌گوید: «جایی که انقلابیان یا شورشیان پیروز نشده باشند، دولت مسئول اعمال آن‌ها نخواهد بود.»<sup>۵</sup>

۶. در مفهوم شرط «خارجی بودن حادثه» که نویسنده به درستی آن را به معنای غیرقابل انتساب [متعهد] دانسته است (ص ۱۲۱)، اگر به گزارش دبیرخانه سازمان ملل درباره قوه قاهره اشاره می‌شد، غنای بیشتری به مطلب می‌بخشید. در این گزارش آمده است: «شرط اول از شرایط بالا [خارج از کنترل متعهد بودن] بدان معنی نیست که حادثه یا پیش‌آمد تشکیل‌دهنده فورس ماژور باید مطلقاً

کتاب حاضر در صدد است تا قلمرو، شرایط و آثار قوه قاهره را از نهادهای مشابه تفکیک کند

برخی از مباحث دقیق و ظریف حقوقی در اثر حاضر، بستر ساز پژوهش‌های گسترده بعدی خواهد بود

خارج از شخص و فعالیت‌های متعهد باشد. عنصر اصلی در یک حادثه فورس ماژور در این نیست که آیا فعل یا ترک فعل مطرح شده از آن متعهد یا خارج از او است، بلکه آن است که آن فعل یا ترک فعل قابل انتساب به متعهد به عنوان نتیجه‌ی رفتار ارادی شخص او نباشد.»<sup>۶</sup>

۷. خواننده کتاب از همان آغاز مطالعه با این مطلب مواجه می‌شود که قوه قاهره علاوه بر شرایط کلاسیک، شرایط دیگری مانند صدور اعلامیه دارد. در چند جای دیگر کتاب نیز بر این مطلب تأکید شده است. اما وقتی به جایگاه طرح

این بحث می‌رسد (ص ۱۳۹ تا ۱۵۱) با کمال تعجب به مطلب جدیدی مواجه نمی‌شود. نویسنده نیز پس از طرح مفصل هریک از این شرایط، تنها در یک سطر و به صورت گذرا و البته به حق آن شرط را رد می‌کند. صدور اعلامیه به معنای آگاه کردن طرف مقابل از قوه قاهره‌ای است که متحقق شده؛ پس صدور اعلامیه اساساً شرط تحقق قوه قاهره نیست و شایسته بود این بحث نیز به سان شرط اسناد، در مبحث مربوط به قواعد شکلی قوه قاهره آورده می‌شد. چه این که «عدم تقصیر متعهد» نیز شرط جدیدی برای قوه قاهره نیست بلکه عبارتی دیگر از شرط «خارجی بودن» بودن است. این سخن دکتر صفایی به خوبی بیانگر این ادعا است: «در واقع در آنجا که تقصیر متعهد - هرچند با واسطه - پدید آورنده حادثه باشد، عدم اجرای تعهد منتسب و مربوط به او است نه به یک علت خارجی».<sup>۷</sup>

۸. در مواردی تنها با ادعای «مخصص نبودن مورد» یا «وحدت ملاک»، مباحثی فقهی مطرح شده که ضرورتی برای طرح آن‌ها نیست یا لااقل باید تأمل بیشتر نمود. به عنوان مثال می‌توان به سخن مرحوم نائینی راجع به احکام مقبوضه به عقد فاسد اشاره کرد. آن فقیه و اصولی مدقق معتقد است. در رد عین مقبوضه توسط قابض بین تعذر دائم و موقت تفاوتی نیست. نویسنده این نظر را با استناد به «وحدت ملاک» و «مخصص نبودن مورد» تعمیم داده و از آن جا که در قوه قاهره بین تعذر دائم و موقت فرق است، به نقد نظر مرحوم نائینی پرداخته است (ص ۲۳۹). در حالی که عدم ارتباط مقبوضه به عقد فاسد با قوه قاهره بر هیچ کس پوشیده نیست.

و یا در بیان این که آیا عدم قابلیت پیش‌بینی به عنوان شرط قوه قاهره در فقه نیز به رسمیت شناخته شده یا نه، با ادعای وحدت ملاک، به قاعده «قدرت تسلیم مبیع» و قاعده «مالایمکن اداؤه لایمکن ان یثبت فی الذمه» متوسل می‌شود (ص ۱۶۵). در حالی که این دو قاعده ناظر به تعذر اصلی و ابتدایی است اما قوه قاهره ناظر به تعذر طاری و عارضی است و واضح است که وجود بحث از دو قاعده

یاد شده و معاذیر ابتدایی، در فقه هیچ‌گاه دلیل بر به رسمیت شناختن شرط عدم پیش‌بینی قوه قاهره، در فقه نمی‌تواند باشد. در این خصوص بهتر بود به فروعات ذکر شده در کتاب (بازگذاشتن در ظرف متعلق به دیگری و از بین رفتن محتویات آن به علت واژگون شدن ظرف و یا فاسد شدن محتویات ظرف در اثر تابش نور خورشید و یا روشن کردن آتش در ملک خویش و سرایت آن به ملک دیگری) اکتفا می‌شد. مخصوصاً مورد اخیر که در مواد ۳۵۲، ۳۵۳ و ۳۵۴ قانون مجازات اسلامی نیز به آن تصریح شده است و واژه‌های «اتفاقاً» و «عادناً» در این مواد، حاکی از پیش‌بینی یا عدم پیش‌بینی قوه قاهره و تفاوت بین این دو مورد است.

۹. اشاره گذرا به ماده ۶۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص معاهدات از جمله کاستی‌های این پژوهش است. قوه قاهره در حقوق بین‌الملل معاهدات، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. و انتظار می‌رفت ماده ۶۱ کنوانسیون مزبور که بیانگر این عذر است به طور جدی تحلیل شود. این که چرا این ماده صرفاً یکی از موارد قوه قاهره را ذکر کرده - ناپدید می‌تواند یا تباهی

موضوع - و یا چرا ناپدید می‌تواند یا تباهی موضوع را به خودی خود علت اختتام معاهده ندانسته، بلکه طرفین فقط می‌توانند به آن استناد کنند و بالاخره با این که مطابق ماده ۷۳ این معاهده مسائل مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قلمرو معاهدات، از حوزه مقررات این معاهده خارج است، چرا بند ۲ ماده ۶۱ اختتام یا تعلیق معاهده را با مسئولیت ناشی از نقض تعهدات بین‌المللی یکی از طرف‌های معاهده در هم آمیخته است؟

۱۰. گرچه نویسنده از مورد بالا به سرعت گذشته، برعکس اختلاف قوه قاهره با نهادهای مشابه را به تفصیل هرچه بیشتر بیان کرده است. اختصاص بیش از ۴۰ صفحه از کتاب به بیان این تفاوت‌ها و معادل‌یابی‌های فقهی برای نهادهای مشابه ضرورتی ندارد.

۱۱. در نتیجه‌گیری اذعان شده است که پذیرش تغییر اوضاع و احوال دشوار نیست. در حالی که عبارت «الغبن الحادث لایعتبر به» از مشهورترین قواعد فقهی شده است.

۱۲. تکرارهای غیرضروری و ملال‌آور باتوجه به به مطالعه تطبیقی بین فقه، حقوق ایران و آرای دیوان، بسیاری از مطالب به نوعی در مباحث تطبیقی تکرار نشده است. مؤلف می‌توانست با انتقال مطالب مشترک در هر سه محور در فصل کلیات از تکرار آن‌ها پرهیز کند. به عنوان مثال با این کار دیگر نیازی به تکرار تعریف بطلان، انواع آن، فسخ، انفساخ و تفاسخ و تفاوت آنها با یکدیگر در صفحات ۲۷، ۱۹۱ تا ۱۹۹، ۲۴۳ تا ۲۴۵ و... نبود. همین طور است وضعیت تکرار «لزوم اجتماع شرایط» در هر مصداق؛ با این که خود یادآور می‌شود که «این نکته‌ای است که در تمام موارد باید در نظر داشت و دلیلی بر تکرار آن احساس نمی‌شود» (ص ۹۲). اما در مصداق جنگ و درگیری‌های نظامی (ص ۹۵) و دخالت اشخاص ثالث (ص ۱۰۱) و ناآرامی‌ها و تحولات اجتماعی (ص ۱۰۸) شرایط مزبور و یا لزوم آن را یادآور می‌شود. و بالاخره تأکید بر «افزودن شرایط جدید بر شرایط کلاسیک قوه قاهره» که در صفحات ۱، ۱۱، ۱۱۱، ۱۱۴، ۱۱۹، ۱۴۰ و... تکرار می‌شود.

۱۳. برخی موارد شکلی: الف - تبویب کتاب به گونه فصل، بخش و گفتار، عناوین ذیل گفتار را بدون مشخصه وانهاده است در حالی که می‌شد به شیوه بخش،

کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص معاهدات، از جمله کاستی‌های این پژوهش است

هنگام شمردن «شورش‌های مردمی» به عنوان مصداقی از قوه قاهره، بین موارد پیروزی و شکست باید تفاوت قائل شد

فصل، مبحث و گفتار و یا شیوه‌های دیگر بر این مشکل فائق آمد. ب - در فهرست علامت‌ها و نشانه‌ها «ق.د.» نشانه قانون آیین دادرسی مدنی دانسته شده است در حالی که در کتاب اثری از این نشانه نیست و قاعداً «ق.د.ا.م.» صحیح می‌باشد. به علاوه در صفحات ۲۰۴ و ۲۰۵ از نشانه «ق.د.» استفاده شده است و قاعداً می‌بایست نشانه قانون دریایی باشد، در حالی که در فهرست علامت‌ها و نشانه‌ها، وجود ندارد. ج - در پاورقی صفحه ۱۹ از شیوه تکرار اعداد در هر صفحه و به شیوه سلسله اعداد عدول شده است. د - این جمله در صفحه ۱۲۸ نامفهوم است: «برخی نویسندگان به هنگام بحث از خصوصیت «عدم امکان دفع حادثه» است که به «عدم امکان اجرای تعهد» به عنوان فصل ممیز فورس ماژور نیز پرداخته‌اند» به نظر می‌رسد «است که» در این جمله اضافه باشد. ه - در نقل قول استفاده از عبارت فورس ماژور فاقد ایراد است، اما در سایر موارد به کار بردن عبارت قوه قاهره شایسته‌تر از فورس ماژور است. و - تفسیر عمل به فعل یا ترک فعل در جمله «مورد تعهد در تعهدات قراردادی می‌تواند مال یا عمل (اعم از فعل یا ترک فعل) باشد» (ص ۹۶) صحیح نیست؛ زیرا اساساً ترک فعل، عمل نیست. ز - در قسمت خلاصه، نتیجه و پیشنهادها هیچ‌گونه پیشنهادی ارائه نشده است که می‌شد عنوان «خلاصه و نتیجه» را برای این قسمت برگزید. وانگهی نداشتن پیشنهاد در کتابی ۳۰۰ صفحه‌ای و حاوی موضوعی معین کاستی جدی برای آن به شمار می‌آید.

۱۴. غلط‌های نگارشی و ویرایشی: با این که تلاش برای نداشتن غلط نگارشی و ویرایشی در کتاب به وضوح مشهود است باز هم این گونه غلط‌ها وجود دارد که برخی از آن‌ها عبارتند از: تجربه‌های عملی و یافته‌های علمی ◀ تجربه‌های علمی و یافته‌های علمی (ص ۸)، آفة ◀ آفة (ص ۲۴)، به مناسبت نیست ◀ بی‌مناسبت نیست (ص ۳۱)، خوانندگان ◀ خوانندگان (ص ۶۵)، سیاسی ◀ سیاستی (ص ۶۵) براس ◀ برای (ص ۸۱)، داشته ◀ دانسته (ص ۱۵۶)، محض ◀ مخصص (ص ۲۱۳)، تا ممکن ◀ ناممکن (ص ۲۱۵) فراوان ◀ فراوان (ص ۲۱۷)، حکم به بطلان عقد (به معنای اصطلاحی و اخص آن می‌شود) ◀ جای بستن پراتنز قبل از می‌شود (ص ۲۲۴)، چنان ◀ چنان (ص ۲۳۹)، ایران ◀ ایران (ص ۲۵۵) و در همین صفحه باز کردن پراتنز و بستن آن، تفصیل ◀ تفصیل (ص ۳۱۲)، تکرار کامل یک خط در صفحه ۳۱۹، عدم رعایت نقطه پایان پانویس‌ها و موارد دیگر که از حوصله این نوشتار خارج است.

#### پانویس‌ها:

۱. صفایی، سیدحسین؛ قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳. صص ۱۱۲ تا ۱۱۵.

۲. Rebus sic stantibus.

۳. Invoke.

۴. Fundamental change.

۵. Brownlie (I), Principles of public

International law, ۳rd ed. Oxford ۱۹۷۲, p: ۴۵۴.

به نقل از صفایی، سیدحسین؛ همان، ص ۱۳۴

۶. Rousseau, Droit International Public, T. j.,

paris ۱۹۷۱, no ۸۳.

به نقل از همان؛ ص ۱۳۳

۷. Year book of the international law

commission, ۱۹۷۸, vol ۱۱ part ۱, no: ۱۵, p: ۶۹

به نقل از همان؛ ص ۱۲۴

۸. همان؛ ص ۱۴۵

۹. رجوع شود به: فلسفی - هدایت الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو،

تهران، چاپ اول ۱۳۷۹. صص ۶۰۱ تا ۶۰۵.