



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

Mohadese Eftetahi<sup>1</sup> | Mohammad Ali Khorsandian<sup>2</sup> | Hojjat Mobayen<sup>3\*</sup>

1. PhD Candidate of Private Law, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. Email: [mohadese.eftetahi@gmail.com](mailto:mohadese.eftetahi@gmail.com)
2. Department of Islamic and Private Law, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. Email: [mkhorsandian@yahoo.com](mailto:mkhorsandian@yahoo.com)
3. Corresponding Author, Department of Islamic and Private Law, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran. Email: [hojjat.mobayen@gmail.com](mailto:hojjat.mobayen@gmail.com)

### ARTICLE INFO

**Article type:**  
Research Article

**Article History:**  
Received November 26, 2022  
Revised January 14, 2024  
Accepted January 15, 2024  
Published online April 29, 2024

**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*.20 (2), 209-225. DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2024.351640.1007148>



© Mohadese Eftetahi, Mohammad Ali Khorsandian, Hojjat Mobayen **Publisher:** University of Tehran Press.  
DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2024.351640.1007148>



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

محدثه افتتاحی<sup>۱</sup> | محمدعلی خورسندیان<sup>۲</sup> | حجت مبین<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: [mohadese.eftetahi@gmail.com](mailto:mohadese.eftetahi@gmail.com)
۲. گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: [mkhorsandian@yahoo.com](mailto: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](mailto:mobayen@shirazu.ac.ir)

## اطلاعات مقاله

## چکیده

## نوع مقاله:

پژوهشی

## تاریخ‌های مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۲/۱۰

## کلیدواژه:

خسارت قراردادی،

تعذر،

تعسر،

قوة قاهره.

اصل لزوم قراردادهای که ناشی از حاکمیت اراده و قصد طرفین بر اجرای قرارداد است یکی از اصول بنیادین حاکم بر قراردادهاست. با وجود این، ممکن است قراردادی به واسطه عوامل ارادی یا غیر ارادی اجرا نشود. عوامل غیر ارادی همانند قوه قاهره که موجب معافیت متعهد از اجرای قرارداد می‌شود 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 شود، بلکه ایشان می‌خواهند قرارداد در هر شرایطی به حیات خود ادامه دهد. بنابراین شرط خلاف معاذیر اجرای قرارداد در قرارداد درج می‌شود. در این مقاله برآنیم تا ماهیت و مبانی و آثار این شرط در حقوق کامن لا و موضع حقوق ایران در قبال آن مورد مطالعه قرار بگیرد. شرط یادشده در حقوق کامن لا، جز در موارد استثنائی، پذیرفته شده و به‌ویژه 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 است و با مبانی فقهی و حقوقی ایران در تضاد نیست.

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، ۲۰ (۲) ۲۰۹-۲۲۵.

DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2024.351640.1007148>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

© محدثه افتتاحی، محمدعلی خورسندیان، حجت مبین

DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2024.351640.1007148>

## مقدمه

هدف طرفین از انعقاد قرارداد اجرای تعهدات ناشی از آن است و نظام‌های حقوقی تلاش می‌کنند با وضع قواعد و ضمانت اجراها اجرای این تعهدات را تضمین و عدالت معاوضی (قراردادی) را برقرار کنند. 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 هیچ‌یک از طرفین مجاز به نقض قرارداد نخواهد بود و تغییر شرایط هیچ‌گونه تأثیری بر مسئولیت متعهد در فرض نقض قرارداد نخواهد داشت. چنین رویکرد سختگیرانه‌ای مبتنی بر اصل لزوم قراردادهاست که مطابق آن مفاد «قرارداد» همانند «قانون» باید مورد احترام طرفین باشد. این اصل در کامن‌لا در قالب «نظریه مطلق بودن قرارداد»<sup>۱</sup> مورد اشاره حقوقدانان قرار گرفته که به موجب آن رخدادهای پیش‌بینی‌نشده عذری برای عدم اجرای قرارداد به شمار نمی‌رود (Beatson et al., 2010: 474 & Treitel, 2003: 866).

اما در برخی موارد وقوع عوامل خارجی می‌تواند تعهدات قراردادی را تحت تأثیر قرار دهد و اجرای آن‌ها را دشوار یا حتی غیر ممکن کند. 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 شد و معاذیر قراردادی مورد تأیید نظام‌های حقوقی قرار گرفت؛ رویدادهای پیش‌بینی‌نشده 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 می‌کند. این «معاذیر» در نظام‌های حقوقی دارای مصادیق مختلف با وجوه افتراق و تشابه هستند. اما مبناهای مشترک همه آن‌ها حدوث شرایط خاصی است که مانع از انجام تعهد می‌شود.

با این حال، گاه اشخاص به‌ویژه در قراردادهای مستمر و قراردادهای تأمین مالی و خدمات، مانند قرارداد اجاره و لیزینگ، برآن‌اند که تعهدات ناشی از قرارداد در هر حال ایفا شود و حوادث پیش‌بینی‌نشده عذری در جهت عدم اجرای تعهد تلقی نشود. این امر به‌ویژه با شکل‌گیری روابط بین‌المللی و نیاز مبرم به جلب اعتماد سرمایه‌گذاران جهت تأمین مالی پروژه‌ها مورد توجه قرار گرفت. در این زمینه، درج «شرط خلاف معاذیر اجرای قرارداد» در تنظیم قراردادها رواج یافت که به وسیله آن طرفین با رخداد معاذیر همچنان ملزم به اجرای مفاد قرارداد یا مسئول عدم امکان اجرای آن هستند.

از شرط یادشده در کامن‌لا با عنوان «Hell or High Water Clause» یاد می‌شود. اصطلاح مورد اشاره برگرفته از یک عبارت محاوره‌ای است که بر اساس آن وظیفه و تعهد را حتی «در صورتی که سیل و آتش از آسمان ببارد» باید اجرا کرد. مفاد چنین شرطی بیانگر آن است که متعهد، در هر حالتی مکلف به اجرای قرارداد است و در صورت عدم اجرای تعهدات باید خسارت بپردازد و به استناد معاذیر از مسئولیت رها نمی‌شود. 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 بر هم می‌زند و با هدف ایجاد امنیت در روابط تجاری ریسک حوادث پیش‌بینی‌نشده را بر یک طرف قرارداد تحمیل می‌کند. بنابراین متعهد در صورت دشواری یا غیر ممکن شدن اجرای قرارداد نمی‌تواند به معاذیر استناد کند 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، این اصل نیز مصون از استثنا 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 و 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 می‌شود. در بخش دوم مقاله نیز اعتبار و مشروعیت شرط یادشده 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 کامن‌لا

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 نکند 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 نمی‌شود. از سوی دیگر، عدم امکان اجرای قرارداد که ناشی از رویدادهای خاصی باشد موجب معافیت متعهد از اجرا می‌شود که جزئیات آن در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است (Berman, 1963: 1413). عدم اجرای قرارداد می‌تواند موجه یا غیر موجه باشد که معاذیر اجرای قرارداد به عنوان دلایل موجه عدم اجرا شناخته می‌شوند (Tai, 2018: 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 کند (نیازآبادی و انصاری، ۱۳۹۹: ۴۶۲). در حقوق قراردادها مقصود از معاذیر رخدادهایی است که متعهد می‌تواند به استناد آن‌ها از اجرای تعهد یا پیامد عدم اجرای آن معاف شود. دامنه این معاذیر گسترده است و حتی گفته شده می‌تواند مواردی همچون شرط محدودکننده مسئولیت و حق حبس را نیز دربرگیرد (پارساپور و ذاکری‌نیا، ۱۳۹۴: ۲۶).

در کامن‌لا که دکترین «غیر عملی شدن»<sup>۱</sup> و «عقیم شدن هدف قرارداد»<sup>۲</sup> 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 ندارد و اموری که موجب معافیت قراردادی می‌شوند در رابطه قراردادی آن‌ها مؤثر واقع نشود. در ادامه، مفهوم این شرط در حقوق کامن‌لا و 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 مشروط‌اله عمل می‌کند و وجود شرط به این معنا است که متعهد (مشروط‌علیه) باید در هر حالت، حتی بدون استناد به تهاتر و ایرادات دیگر، تعهد خود را نسبت به شخص مشروط‌اله ایفا کند. حتی می‌توان شرط خلاف معاذیر قراردادی را با شرط تضمین خسارت<sup>۳</sup> مقایسه کرد که به موجب آن مشروط‌علیه، هرچند مسئولیت ندارد، در صورت رجوع زیان‌دیده موظف به پرداخت خسارت است (ایزائلو و شاهین، ۱۳۹۹: 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 & Nimmer, 1999: 108).

هرچند در مقررات مختلف، از جمله کنوانسیون بیع بین‌المللی، به صراحت به امکان درج شرط خلاف قوه قاهره اشاره نشده است، به اعتقاد حقوقدانان معافیت از مسئولیت بر اساس بند ۱ ماده ۷۹ کنوانسیون زمانی اعمال می‌شود که طرفین به نحو دیگری در قرارداد با یک‌دیگر توافق نکرده باشند (Schwenzer, 2008: 719-720). امروزه بیشترین کاربرد شرط خلاف معاذیر قراردادی در حقوق آمریکا و انگلستان و در قراردادهای اجاره مالی است؛ چنان که حقوقدانان این شرط را از شروط پرکاربرد و بااهمیت در این قراردادها دانسته‌اند. در حقوق کامن‌لا دو نوع قرارداد اجاره، یعنی اجاره مالی<sup>۴</sup> و اجاره عملیاتی<sup>۵</sup>، وجود دارد. اجاره عملیاتی شبیه قرارداد اجاره در حقوق ایران است؛ اما، در اجاره مالی، مستأجر خود کالا را انتخاب و از موجد تهیه آن را تقاضا می‌کند. بنابراین، موجد نه سازنده و نه تأمین‌کننده کالا است و فقط منبع مالی برای تهیه آن را تأمین می‌کند. از آنجا که موجد 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، با پیش‌بینی شرط خلاف معاذیر، مزیتی را برای خود فراهم می‌کند که مستأجر باید پرداخت خویش به موجد را تحت هر شرایطی انجام دهد. در

1. impracticability  
2. frustration of contract  
3. idemnity or hold harmless  
4. financial lease  
5. operating lease

این قراردادهای، وجود چنین شرطی به این معنا است که ریسک وقوع هر گونه شرایط خارجی بر عهده مستأجر است و او باید پرداخت‌های ماهیانه خویش را بدون عذر و بهانه و صرف نظر از هر گونه شرایطی که حادث می‌شود انجام دهد. دادگاه‌های انگلستان نیز در آرای بسیاری آن را مورد پذیرش قرار داده و اظهار کرده‌اند که وجود چنین شرطی به معنای تعهد مطلق و بدون قید و شرط مستأجر به پرداخت است (Brunner, 2009: 119). بر اساس این شرط، اجاره غیر قابل 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: 1).

همچنین در برخی قراردادهای ممکن است طرفین متعهد به انجام دادن بهترین تلاش<sup>۱</sup> خود شوند. با درج چنین شرطی، طرفین متعهد به تلاشی فراتر از وسع خود می‌شوند تا به نتایج قرارداد دست یابند (Castillo & McAniff, 2006: 208). از این منظر، شرط بهترین تلاش مرتبه پایینی از شرط خلاف معاذیر محسوب می‌شود. 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. مثلاً در قراردادهای ادغام شرکت‌ها وجود شرط به معنی «انجام دادن حداکثر تلاش» است و همانند قراردادهای اجاره مالی سختگیرانه عمل نمی‌کند. در جایی که اخذ مجوزهای دولتی ضد انحصار و نظارتی پیش‌شرط لازم برای بستن قرارداد است، شرط خلاف معاذیر به معنای انجام دادن 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: 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 کند «همه اقدامات لازم برای کسب تأییدیه ضد انحصار جهت معامله» را انجام دهد و از «انجام دادن هر گونه اقدام عمدی یا اقدامی که به طور منطقی انتظار می‌رود مانع یا موجب تأخیر در اخذ چنین تأییدیه‌ای شود» پرهیز کند 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 می‌کند (Sher et al., 2020: 6).

## ۲.۱. آثار شرط خلاف معاذیر قراردادی

### ۲.۱.۱. الزام به اجرای تعهد حتی در صورت وقوع رخدادهای غیر قابل پیش‌بینی

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

### ۲.۲.۱. انتقال ریسک عدم اجرای قرارداد به مشروط‌علیه

اصولاً انجام دادن 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 غیر مترقبه در اجرای تعهد را که اصولاً بر عهده متعهد است به متعهد منتقل می‌کند. چنان که بیان شد، این شرط بیشتر در قراردادهای اجاره تجهیزات مورد استفاده قرار می‌گیرد. اجاره‌دهندگان تجهیزات عملاً خواسته‌اند از هر خطر قابل پیش‌بینی، غیر از قصور ساده مستأجر در پرداخت به موقع اجاره‌بها، مصون باشند (Bent, 2017: 1). بنابراین با پیش‌بینی شرط خلاف معاذیر ریسک‌های مربوط به پرداخت را به مستأجر منتقل کرده‌اند.

اخیراً در حقوق امریکا از این شرط در قراردادهای خرید و فروش نیز استفاده می‌شود. اصولاً فروشندگان سه عامل قیمت و سرعت و اطمینان را برای انعقاد قرارداد مورد توجه قرار می‌دهند. در سال‌های اخیر، به‌ویژه با توجه به تمرکز دولت امریکا بر

اجرای سیاست‌های ضد انحصار، اعمال این سیاست‌ها به یک عامل اصلی تبدیل شده است که بر سرعت و قطعیت قرارداد اثر می‌گذارد. بنابراین، برای از بین بردن ریسک عدم قطعیت، فروشندگان با درج شرط خلاف معاذیر یا انعقاد یک توافق‌نامه خلاف معاذیر (HOHW) این اطمینان را حاصل می‌کنند که خریدار ملزم به تکمیل معامله و انجام دادن تعهدات تا پایان مدت توافق است و تاریخ توافق نیز اغلب یک سال پس از عقد قرارداد تعیین می‌شود (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 کند (LaCamp et al., 2018: 4) شرط خلاف معاذیر قرارداد امکان فسخ قرارداد را از بین می‌برد. قراردادهایی که شرط خلاف معاذیر در آن‌ها درج شده تحت عنوان قراردادهای غیر قابل فسخ<sup>۱</sup> معرفی شده‌اند و به این معناست که صرف‌نظر از هر گونه مشکل، نظیر وجود عیب و نقص در مورد معامله، مشروط‌علیه باید به توافق پایبند باشد و قادر به فسخ قرارداد نخواهد بود. بنابراین، بیان شده که یکی از وجوه تمایز قراردادهای اجاره مالی که در آن شرط خلاف معاذیر قراردادی وجود دارد و اجاره عملیاتی غیر قابل فسخ بودن اجاره مالی در طول مدت قرارداد است؛ در حالی که، اجاره عملیاتی ممکن است در هر زمانی در طول مدت قرارداد فسخ شود (McConnell & Schallheim, 1983: 237).

### ۱.۲.۴. عدم امکان استناد به دفاعیات از سوی متعهد

دفاع امری قانونی و مشروع جهت عدم اجرای قرارداد است. در یک قرارداد، دفاعیات مختلفی قابل طرح است. برخی دفاعیات همانند اکراه یا عدم اهلیت ناظر به تشکیل قرارداد است، در حالی که برخی دیگر مانند عقیم شدن هدف قرارداد ناظر به اجرای قرارداد است (Harding, 2021: 5). اثر مهم شرط خلاف معاذیر این است که با وجود این شرط مشروط‌علیه از حق استناد به هر گونه دفاع به منظور عدم اجرای قرارداد منع می‌شود.

ماده ۲۸ قانون متحدالشکل تجاری امریکا (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 غیر قابل 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: 327).

### ۱.۲.۵. محدودیت حق اقامه دعوا

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 می‌شود و غیر قابل اسقاط است. در معنای خاص حق دادخواهی به معنای اقامه دعوا و مطالبه حق است که ضمانت اجرای حق تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۱۸). یکی از آثار فرعی شرط خلاف معاذیر در حقوق کامن‌لا اسقاط و محدود شدن حق دادخواهی از سوی مشروط‌علیه است. هرچند، با وجود شرط خلاف معاذیر، اصل حق مراجعه به دادگاه برای مشروط‌علیه (متعهد) وجود دارد، ادعاها و دفاعیات وی در استناد به معاذیر فاقد ضمانت اجرا و غیر قابل استماع است.

### ۱.۳. استثنائات شرط خلاف معاذیر قراردادی

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

1. non-cancelable agreement  
2. affirmative defense

### ۱.۳.۱. حسن نیت

حسن نیت مفهومی اخلاقی است که از مفاهیم بنیادینی همچون عدالت و انصاف نشئت 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 یا سوءاستفاده از اطلاعات دریافتی از مصادیق نقض حسن نیت به شمار می‌رود. از این رو اظهارات طرفین باید صادقانه و به دور از قصد گمراهی باشد. اصل حسن نیت از یک سو طرفین را از انجام دادن کاری که هیچ سودی برای ایشان ندارد و تنها هدف آن آسیب به طرف دیگر است بازمی‌دارد (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 هر گونه قصد انعقاد قرارداد ادامه دهد (Dannemann & Vogenauer, 2013: 216).

نخستین استثنای پذیرش شرط خلاف معاذیر قراردادی حسن نیت است که تقلب<sup>۱</sup> 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 کند. اما این امر مستلزم اقامه دعوا و تأیید دادگاه است (Robins, 1997: 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 بود. در این پرونده شرکت یورکا که در امر نصب سیستم‌های فیبر نوری در ساختمان‌های اداری و تجاری فعالیت داشت، طی دو قرارداد اجاره مالی دوساله، 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 در قبال فروشندگان را ایفا نکرد. از آنجا که درخواست فروشندگان به نتورث بی‌پاسخ ماند، فروشندگان به یورکا مراجعه کردند و خواستار پرداخت فاکتورهای خود شدند. به پیشنهاد یورکا پرداخت اجاره‌بها متوقف شد 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 کرد و خواستار بازگرداندن همه اجاره‌ای شد که قبلاً توسط وی پرداخت شده بود. در مقابل و نتورث به شرط خلاف معاذیر استناد کرد. 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 کرد 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 کرد. 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.<sup>۲</sup> در نمونه دیگر، در سال ۱۹۹۷ رأی دادگاه 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.

### ۱.۳.۲. نظم عمومی

اصولاً آزادی قراردادی تا زمانی معتبر است که به منظور 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 استثنای قانونی سر راه نفوذ آزادی قراردادی

1. fraudulent misrepresentation

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

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: ۱۵۹). در خصوص شرط خلاف معاذیر قراردادی نیز همین قاعده صدق می‌کند. یعنی اگر این شرط نیز برخلاف نظم عمومی تشخیص داده شود در بطلان آن‌ها نباید تردید کرد. مثلاً در حقوق انگلستان، بر اساس قاعده منع تجارت با دشمن، اگر انجام دادن تعهدات قراردادی در اثر جنگ غیر قانونی شود، حتی درج شرط خلاف معاذیر قراردادی نمی‌تواند از بطلان قرارداد جلوگیری کند؛ چه اینکه این شرط برخلاف 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 درمی‌آورد، به دلیل مغایرت با نظم عمومی، ترتیب اثر نداد و حکم به بطلان قرارداد داد (دارائی، ۱۳۹۴: 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 اجاره به عنوان یک «قرارداد اجاره»<sup>۱</sup> در نظر گرفته شود یا «قرارداد اجاره اعتباری»<sup>۲</sup>. قانون مدنی کبک قرارداد اجاره را قراردادی تعریف می‌کند که در آن مستأجر از اموال منقول یا غیر منقول موجر برای مدت معینی در ازای اجاره‌بها بهره‌مند می‌شود. 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 کنند. بنابراین شرطی که مستأجر را ملزم به ادامه اجرای تعهدات خود کند، در حالی که 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 است. 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) 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 سه‌جانبه است که ویژه اموال منقول است و فقط برای مقاصد و اهداف تجاری مستأجر منعقد می‌شود.

### ۱.۳.۳. عدم قبول کالا

همان‌گونه که بیان شد، مهم‌ترین کاربرد شرط خلاف معاذیر در قراردادهای «اجاره مالی» است. در اجاره مالی، قبول کالای مورد اجاره از سوی مستأجر شرط لازم‌الاجرا شدن قرارداد و اثربخشی شرط است. بنابراین با قبول کالا از سوی مستأجر است که قرارداد لازم‌الاجرا و غیر قابل فسخ می‌شود. از این رو اگر مورد اجاره از سوی مستأجر قبول نشده باشد، به دلیل لازم‌الاجرا نبودن قرارداد، شرطی هم وجود نخواهد داشت. در نتیجه اگر مستأجر بتواند به طور منطقی قبول خود را ملغی کند می‌تواند از آثار شرط رها شود.

در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC) ماده 2A-517 تحت عنوان «لغو قبول کالا»<sup>۳</sup> به ذکر مواردی که مستأجر می‌تواند 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 کند 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.

1. louage

2. contrat de crédit-bail

3. revocation of acceptance of goods



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 کرد. از چهار سیستم یادشده، یک سیستم توسط موجر تحویل و نصب شد. ولی مستأجر ادعا کرد که تجهیزات از نظر شماره سریال یا مشخصات با هیچ‌یک از اجاره‌نامه‌ها مطابقت ندارد. با وجود این، مستأجر از آن استفاده کرد. دو سیستم دیگر نیز تحویل شد. ولی به دستور مستأجر نصب نشد. سیستم چهارم نیز هیچ‌گاه تحویل داده نشد. با توجه به عدم پرداخت اجاره‌بها از سوی مستأجر، موجر طرح دعوا 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 لازم‌الاجراست و پرداخت باید صورت بگیرد. بر اساس نظر دادگاه، مستأجر سه سیستم را پذیرفته است. زیرا مستأجر به گونه‌ای عمل کرده که با عدم رد مؤثر و به‌موقع قصد خود را برای حفظ کالا، به‌رغم 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 اینکه طرف قرارداد با عدم رد مؤثر کالا مطابق ماده 2A-509 اراده خویش را به پذیرش کالا نشان دهد (Alper, 2008: 1).

### ۱.۳.۴. قراردادهای مصرفی و استخدامی

اگرچه در خصوص قراردادهای مصرفی (در مقابل قراردادهای تجاری) به‌صراحت از ممنوعیت درج شرط خلاف معاذیر سخن گفته نشده است، 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 است، در خصوص قراردادهای مصرفی و قراردادهای استخدامی این اصل با تقیید مواجه شده است (خانلری بهمنمیری، ۱۳۹۸: ۹۹). همان‌طور که گفته شد یکی از آثار شرط خلاف معاذیر غیر قابل فسخ بودن قرارداد است؛ در حالی که عموماً در قوانین مقرر شده است که قراردادهای مصرفی نمی‌توانند غیر قابل فسخ باشند و مصرف‌کننده می‌تواند در بازه زمانی مشخص قرارداد را بدون هیچ دلیلی فسخ کند (Deutch, 2012: 707). همین حکم در خصوص قراردادهای استخدامی نیز وجود دارد. بنابراین 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 موافقان و مخالفان بررسی شود.

### 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 نقد و بررسی شود.

#### 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 می‌شود و تفاوتی ندارد که تعذر از سوی طرفین باشد یا یکی از آن‌ها. تعذر، به معنی عدم امکان اجرا، ناشی از عواملی است که به طرفین مربوط نیست. در نتیجه عدم سوءنیت در آن مستتر است. این قاعده بیانگر یک اصل کلی است و در همه عقود جریبان دارد و چنین عقدی نزد عقلا مقبول نیست (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۳۲). در این میان تفاوتی میان عقود اذنی و غیر اذنی وجود ندارد و هر گاه عمل به مدلول عقد به دلیل وقوع امری به طور دائمی و غیر قابل پیش‌بینی ناممکن شود، آن عقد باطل (یا منفسخ) خواهد شد (الموسوی البجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۶۵). مقصود از بطلان در این قاعده معنای اعم آن است؛ شامل بطلان ذاتی عقد (در تعذر ابتدایی) و همچنین انفساخ (در تعذر بعد از انعقاد عقد) (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۳۶ - ۱۴۰). بنابراین با در

نظر گرفتن قاعده یادشده پذیرش اعتبار شرط خلاف معاذیر قراردادی با دشواری روبه‌رو خواهد بود. چون هدف از درج شرط اجرای قرارداد با وجود تعذر است که برخلاف این قاعده است.

در پاسخ می‌توان گفت از یک سو فرض تعذر ابتدایی و بطلان عقد اصولاً از قلمرو شرط خلاف معاذیر خارج است. فرض انفساخ نیز ناظر به زمانی است که تعذر اجرای قرارداد غیر قابل پیش‌بینی باشد و موضوع قصد مشترک طرفین قرار نگرفته باشد. بنابراین در جایی که طرفین قرارداد در این خصوص دوراندیشی و توافق کرده‌اند که به‌رغم 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 (محمدی و جمالی، ۱۳۹۵: ۸۵) بیان کرده‌اند در مقام جبران خسارت و بازگرداندن وضعیت شخص زیان‌دیده به حالت سابق چه‌بسا حکم به پایبندی به قراردادی که باطل است از سوی محکمه امکان‌پذیر باشد. بنابراین 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، در حالی که تعهد طرف مقابل ناممکن شده و قابل اجرا نیست، مخالف با مفاد این قاعده تلقی می‌شود.

با وجود این، 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 نمی‌شود. پس مخالفتی با اصول و قواعد حقوقی ندارد (امامی، ۱۳۷۸، ج ۳: ۴۶۳؛ بحرالعلوم، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۸۴). رأی شعبه چهارم دیوان عالی کشور نیز مؤید این امر است که ضمان درک مقتضای عقد نیست. بنابراین، شرط خلاف آن نافذ است.<sup>۱</sup> از این رو، اجمالاً می‌توان گفت با پذیرش اینکه شرط خلاف ضمان معاوضی شرطی صحیح است، پذیرش شرط خلاف معاذیر نیز با اشکال مواجه نمی‌شود.

### ۲.۱.۳. رابطه شرط و عقد

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

در پاسخ به ایراد می‌توان گفت در تحلیل رابطه شرط و عقد باید به اراده طرفین توجه شود و بر آن مبنا تفسیر شود. گاه طرفین به‌ویژه شرطی را به منظور پیش‌بینی و تنظیم روابط خود، بعد از انحلال قرارداد، درج می‌کنند. بنابراین امکان استقلال شرط در حقوق ایران مانعی ندارد (سلطان‌احمدی و ولایی، ۱۳۹۸: ۹۸) و شرط مستقل اگرچه به‌ظاهر در قرارداد است، 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 کرد (نیک‌بخت، ۱۳۷۶: ۲۷۲).

### ۲.۱.۴. سلب حق دادخواهی

طبق اصل ۳۴ قانون اساسی، دادخواهی حق مسلم یک فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح

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 غیر قابل 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: ۸۵).

مراجعه کند؛ در حالی که با درج شرط خلاف معاذیر قراردادی امکان مراجعه به محکمه محدود می‌شود. بنابراین در نگاه اول به نظر می‌رسد چنین شرطی با اصل حق دادخواهی در تعارض است و صحیح نیست. در مقام پاسخ می‌توان گفت حق دادخواهی، به معنای اخص، امتیازی برای فرد است و امکان اسقاط جزئی آن، چه به تبع اسقاط حق اصلی چه به صورت مستقل، وجود دارد؛ همانند مواردی که طرفین حق تجدیدنظرخواهی را از خود ساقط می‌کنند. 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 نمی‌شود.

## ۲.۱.۵. بر هم خوردن تعادل قراردادی

بر هم خوردن توازن قراردادی در عقود مغایه‌ای بعد از وقوع عقد می‌تواند موجبی برای فسخ یا تعدیل قرارداد باشد. بنابراین، در نظام‌های حقوقی اصل حفظ تعادل قراردادی به دلایل مختلفی همچون اجرای عدالت، حسن نیت، و تعادل اقتصادی حائز اهمیت است (رحیمی و علیزاده، ۱۳۹۶: ۱۵۰). به اعتقاد مخالفان، شرط خلاف معاذیر قراردادی، با توجه به اینکه این شرط توازن قراردادی را از میان می‌برد، نباید نافذ شناخته شود. در حالی که تعادل قرارداد به عواملی مانند مدت قرارداد، قدرت چانه‌زنی، قیمت، و تضامین بستگی دارد (محمدی‌نیا و رضائی‌راد، ۱۳۹۷: 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 نمی‌شود. در حقوق انگلیس نیز در صورتی که طرفین با علم به عدم امکان اجرای قرارداد اقدام به انعقاد قرارداد کنند متعهد در برابر عدم امکان اجرا مسئول و قرارداد صحیح است؛ اما، در صورت جهل به آن، قرارداد باطل خواهد بود (شعبانی و حاجی‌محمدی، ۱۳۹۳: ۱۱۶).

مخالفان شرط خلاف معاذیر قراردادی به برخی مواد قانونی نیز در این خصوص استناد می‌کنند. به موجب ماده ۵۸۸ قانون مدنی «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود 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 کرد 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 کرده‌اند. چون ریسک و سود جزء جدایی‌ناپذیر یک‌دیگر هستند (علوی رضوی، ۱۳۸۸: ۱۶۷).

در پاسخ به این ایراد باید گفت شرط خلاف معاذیر قراردادی مغایرتی با ماده یادشده 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 دارد و مخالفتی هم با قواعد حقوقی ندارد (باریکلو، ۱۳۸۹: 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 می‌کند.

البته چنان که 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 هر گونه توافقی که منجر به سقوط تعهدات عرضه‌کننده شود باطل و بلااثر است. از این رو، نمی‌توان با درج شرط خلاف معاذیر به نفع عرضه‌کننده از تعهدات وی کاست. صحت چنین شرطی که به شدت منجر به بر هم خوردن توازن قراردادی به ضرر مصرف‌کننده می‌شود قابل پذیرش نیست. در این گونه موارد، به دلیل عدم تخصص و توانایی مدیریت ریسک از سوی مصرف‌کننده تحمیل ریسک به وی خلاف اصول حقوقی و غیر قابل پذیرش است.

## ۲.۲. دلایل پذیرش

در مقابل مخالفان، موافقان شرط خلاف معاذیر قراردادی نیز برای اثبات مدعای خود به دلایلی استناد می‌کنند که در ادامه بررسی می‌شود.

## ۱.۲.۲. 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: 62). بر این اساس، جز در مواردی که اطمینان حاصل شود مقررۀ آمرهای وجود دارد، می‌توان به اصل آزادی قراردادهای استناد کرد (مختاری چهاربری و فرخزادی، ۱۳۹۹: ۱۶۸). اصل آزادی قراردادی از یک جنبه یک اصل اقتصادی مبتنی بر نظریۀ بازار آزاد است و از جنبه دیگر یک اصل اخلاقی و حقوقی است که بر اساس آن قراردادهای و تعهدات بر مبنای خواست و اراده طرفین شکل می‌گیرد (Irakli, 2107: 63). اصل آزادی اراده به‌ویژه در قراردادهای بین‌المللی اهمیت بسیاری می‌یابد. مثلاً مقررۀ رم یک، که در اتحادیه اروپا در خصوص قانون حاکم بر قرارداد تصویب شده، بر اصل آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم تأکید کرده است (خانلری بهمنمیری، ۱۳۹۸: ۹۵).

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان گفت اصل آزادی قراردادی پایه اصلی توجیه‌کننده و مشروعیت‌بخشی 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 شود و جهت اجرای قرارداد از سوی طرف مقابل، تحت هر شرایطی، اطمینان کامل حاصل کند، 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 می‌شود پذیرفتنی است. در حقیقت این شرط، فراتر از تقسیم‌بندی دوگانه «تعهد به وسیله» 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 یک 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 تعیین‌شده 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 شوند و نباید در پذیرش آن‌ها تردید کرد (Rubin, 1981: 219). هیئت عمومی دیوان عالی کشور اخیراً در مقام ایجاد وحدت رویه<sup>۱</sup> به این بحث خاتمه داده و آزادی طرفین در تعیین وجه التزام را مورد پذیرش قرار داده است که برخی مصادیق شرط خلاف معاذیر قرارداد را نیز دربرمی‌گیرد.

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 قراردادهای، عامل (تسهیلات گیرنده) تضمین می‌کند در صورت تلف مال موضوع قرارداد اصل و حتی حداقل سود قراردادی مورد انتظار را از اموال خود به بانک تملیک کند که این شرط موارد تلف قهری و خارج از اراده را نیز دربرمی‌گیرد. 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. اما در مشارکت‌های تجاری می‌توان آن را پذیرفت.

۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ - ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیئت 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 تعیین‌شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و 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 آرا 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، لازم‌الاتباع است.»

بر این اساس می‌توان چنین نتیجه گرفت که رویه قضایی نیز تمایل دارد به اراده طرفین و شروط قراردادی آن‌ها احترام بگذارد، هرچند شروط ایشان گزاف یا غیر منصفانه به نظر برسد و برهم‌زننده تعادل قراردادی به سود یک طرف شود. زیرا شروط قراردادی در قراردادهای مغایبی نه‌تنها مطابق با اراده طرفین است، بلکه به واسطه اینکه از اراده آزاد طرفین نشئت گرفته‌اند عادلانه نیز هستند (قناتی، ۱۳۸۹: ۱۴۹).

### ۳.۲.۲. توجیه اقتصادی

همان‌گونه که به‌درستی اشاره شده است، تا حد امکان باید تلاش شود از انحلال قرارداد پرهیز شود؛ چنان که در نظریات اخیر از امکان تعدیل قرارداد در صورت تعذر اجرای آن سخن گفته شده است (بنایی اسکویی، ۱۳۹۲: ۵۱). مثلاً در مواردی که مسئله تحریم نظام بانکی یک کشور و مشکل در انتقال ارز وجود دارد، می‌توان در قرارداد پیش‌بینی کرد که در صورت بروز چنین مشکلی طرفین قادر به تعدیل یا تعلیق قرارداد باشند و قرارداد خاتمه نیابد. درج چنین شرطی با توجه 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 به‌ویژه صنعت لیزینگ با رکود مواجه خواهد شد و سرمایه‌گذاران بالقوه تمایلی به سرمایه‌گذاری‌های مؤثر نخواهند داشت (Weinberg, 2015). مثلاً در پرونده *Construction Resources Group, LLC v. Element Financial Corp* دادگاه اظهار کرد معتبر دانستن شرط خلاف معاذیر قراردادی موجب می‌شود طرفین به منابع مالی دست یابند که بدون وجود شرط برای آن‌ها ممکن نبود (Gross et al., 2015: 1161).

تحلیل اقتصادی از اصل آزادی قراردادی نیز مؤید مشروعیت چنین شرطی است. زیرا بر مبنای تحلیل اقتصادی اصل یادشده 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: 274). بر این اساس، درج چنین شرطی که دغدغه سرمایه‌گذاران را پوشش می‌دهد و آنان را به سرمایه‌گذاری در پروژه‌های اقتصادی بیش از پیش ترغیب می‌کند منجر به افزایش کارایی و بهره‌وری از منابع کمیاب با هدف دستیابی به بیشترین میزان از منافع و فواید می‌شود.

### نتیجه

معاذیر قراردادی به عنوان مصادیقی که امکان اجرای قرارداد را متعسر یا متعذر می‌سازد به عنوان استثنایی بر اصل لزوم قراردادهای در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و با 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 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 مربوط به سرمایه‌گذاری، نظیر اجاره مالی، ایجاد کند. وجود این شرط، به این معناست که قرارداد در صورت حدوث معاذیر نیز به حیات خود ادامه می‌دهد و منحل نمی‌شود. چنین شرطی نوعی تضمین نتیجه (بالاتر از تعهد به نتیجه) را برای مشروطه تأمین می‌کند که در هر حالتی تعهد مشروط‌علیه برقرار خواهد بود. محدوده شرط حتی می‌تواند تا آنجا گسترده شود که استناد به دفاعیات را از سوی متعهد نیز محدود کند. وجود این شرط در موارد تعسر اجرای تعهد متعهد را ملزم به ایفای تعهد و در فرض تعذر ملزم به جبران خسارت می‌کند. بدیهی است کارکرد شرط مطلق نیست و استثنائاتی مانند حسن‌نیت، نظم عمومی، عدم امکان استناد در قراردادهای مصرفی، و ... به آن وارد شده است.

در حقوق ایران، قانون‌گذار رویه قضایی و حقوقدانان به‌صراحت در خصوص پذیرش شرط خلاف معاذیر قراردادی اظهارنظر نکرده‌اند. مهمترین مانع پذیرش این شرط قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفا بمدلوله» و مقررات ضمان معاوضی است. لکن با تدقیق در موضوع می‌توان قائل به این نظر بود که حقوق ایران ظرفیت پذیرش این شرط را دارد؛ چه اینکه قواعد یادشده در مواردی که وضعیت قرارداد در فرض تحقق معاذیر قراردادی با قصد مشترک طرفین تعیین تکلیف شده اجرا نمی‌شود.

به نظر می‌رسد ضرورت‌های اقتصادی موجب آن شده که 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 کنند؛ هرچند در وهله اول خلاف عدالت و انصاف به نظر آید. بی‌شک پذیرش شرط نمی‌تواند مطلق باشد و باید همانند کامن‌لا محدودیت‌هایی نیز وضع شود؛ همانند وضعیتی که یکی از طرفین عامدانه یا متقلبانه موجب دشواری یا غیرممکن شدن قرارداد می‌شود. وضع این محدودیت‌ها و استثنائات مستلزم قانون‌گذاری در این حوزه است.



## منابع

- ایزائلو، محسن و شاهین، ابوالفضل (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی شرط تضمین مسئولیت در قراردادها. *حقوق اقتصادی*، د ۲۷، ش ۱۷، ۱۰۳ - ۱۴۲.
- باریکلو، علی‌رضا (۱۳۸۹). وضعیت شرط ضمان سرمایه در حقوق اسلام. *فقه و حقوق اسلامی*، د ۱، ش ۱، ۲۳ - ۱.
- بنایی اسکویی، مجید (۱۳۹۲). تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی. *مطالعات حقوق تطبیقی*، د ۴، ش ۱، ۴۱ - ۶۱.
- پارساپور، محمدباقر و ذاکری‌نیا، حانیه (۱۳۹۴). اقسام، احکام، و آثار معاذیر عدم اجرای قرارداد (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران، رومی ژرمنی، کامن‌لا، و برخی اسناد بین‌المللی). *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، د ۱۹، ش ۲، ۲۵ - ۵۰.
- خانلری بهمنمیری، حسین (۱۳۹۸). پذیرش مطلق یا مقید اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگرشی بر مقررۀ رم یک و حقوق امریکا. *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، د ۲۳، ش ۳، ۹۵ - ۱۲۶.
- دارائی، محمدهادی (۱۳۹۴). مطالعه تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، امریکا، و ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی*، د ۶، ش ۱، ۱۵۰ - ۱۰۷.
- رحیمی، حبیب‌الله و علی‌زاده، سعیده (۱۳۹۶). ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک. *پژوهش حقوق خصوصی*، د ۶، ش ۲۱، ۱۴۷ - ۱۷۵.
- سلطان‌احمدی، جلال و ولایی، مریم (۱۳۹۸). شروط و مفاد معتبر پس از زوال یا انحلال قرارداد در حقوق ایران با مطالعه اجمالی اسناد بین‌المللی. *پژوهش حقوق خصوصی*، د ۸، ش ۲۸، ۹۱ - ۱۱۸.
- شعبانی، امید و حاجی‌محمدی، اصغر (۱۳۹۳). مقایسه‌دکترین فراستریشن و نهاد حقوقی فورس مازور. *حقوق و سیاست*، د ۱۰، ش ۱، ۱۱۱ - ۱۳۰.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). *حقوق مدنی: شروط ضمن عقد*. تهران: مجد.
- علوی رضوی، یحیی (۱۳۸۸). شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه. *اقتصاد اسلامی*، س ۹، ش ۳۳، ۱۶۱ - ۱۷۸.
- قنوتی، جلیل (۱۳۸۹). اصل آزادی قراردادی: قراردادها و شروط غیرعادلانه. *مطالعات اسلامی - فقه و اصول*، د ۴۲، ش ۲، ۱۳۵ - ۱۵۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*. ج ۷. تهران: شرکت سهامی انتشار. ج ۱.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). *مقدمه علم حقوق*. ج ۵. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- متین، احمد (۱۳۸۱). *مجموعه روئے قضایی (قسمت حقوقی)*. تهران: رهام.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱). *قواعد فقه*. تهران: سمت. ج ۲.
- محمدی، قاسم و جمالی، مرتضی (۱۳۹۵). حکم به اجرای قرارداد باطل به عنوان روشی برای جبران خسارت. *دادگستری*، د ۸۰، ش ۹۵، ۸۳ - ۱۰۰.
- محمدی‌نیا، امید و رضایی‌راد، غلام‌رضا (۱۳۹۷). راهکارهای ایجاد تعادل قراردادی. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، د ۱۱، ش ۴۱، ۳۴۷ - ۳۷۲.
- مختاری چهاربری، علی و فرحزادی، علی‌اکبر (۱۳۹۹). تعیین قلمرو آزادی اراده در پرتو تئوری حق و حکم. *آموزه‌های فقه مدنی*، د ۱۲، ش ۲۱، ۱۶۷ - ۱۹۰.
- الموسوی البجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه*. قم: نشر الهادی. ج ۵.
- نیازآبادی، مهدی و انصاری، نرگس (۱۳۹۹). تحلیل وضعیت ناشی از شیوع ویروس کرونا ذیل معاذیر موجه عدم اجرای تعهدات قراردادی. *تحقیقات حقوقی*، د ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ۴۵۹ - ۴۸۷.
- Alavi Razavi, Y. (2009). The guarantee clause of the agent in the mudaraba contract. *Quarterly Journal of Islamic Economics*, 33(9), 161-178. (in Persian)
- Al-Mousavi Al-Bojnordi, H. (1998). *Al-Qavaed al-Fiqhiyyah*. Qom: Al-Hadi publication. Vol. 5. (in Arabic)
- Alper, A. (2008). Hell or High Water Clause Comes Under Attack, <https://www.monitordaily.com/article-posts/hell-high-water-clause-attack/>
- Anonymous (2022). "Come Hell or High Water": Lessons in Risk Allocation in Commercial Contracts. *Quinn Emanuel trial lawyers*, 1-8.
- Beatson, J., Burrows, A., & Cartwright, J. (2020). *Anson's law of contract*. 29<sup>th</sup> edition. Oxford University Press.
- Banaeioskoei, M. (2013). Modify and terminate the contract if financial impossibility. *Comparative Law Review*, 4(1), 41-61. (in Persian)
- Bariklou, A. (2010). The Legal Status of Condition of Capital's Guarantee in the Islamic Law. *Contemporary Legal Studies Journal*, 1(1), 1-23. (in Persian)
- Bent, P. (2018). Trial of the Century' Takes on Hell or High Water. *Law Journal Newsletters*, January 2018.
- Bent, P. (2017). Whither the Hell-or-High-Water Clause? Will This Venerable Leasing Construct Survive the Expanding Use of Managed Solutions Transactions?. *The Journal of Equipment Lease Financing*, 35(1), 1-5.
- Berman, H.J. (1963). *Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade*. Columbia Law Review Association.

- Brunner, C. (2009). *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Kluwer Law International BV. Vol. 18.
- Breslauer, P. (1992). Finance Lease Hell or High Water Clause and Third Party Beneficiary Theory in Article 2A of the Uniform Commercial Code. *Cornell Law Rev*, 77(2), 318-349.
- Castillo, J.J. & McAniff, P.J. (2006). *The Recruiting Guide to Investment Banking*. Circinus Business Press.
- Harding, M.C. (2021). All Breach of Contract Defenses (Affirmative & Other Contract Law Defenses). *Cueto Law Group*. <https://cuetolawgroup.com/top-5-defenses-to-florida-breach-of-contract-lawsuits/>
- Dannemann, G. & Vogenauer, S. (2013). *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law. Pre-Contractual Duties*. Oxford University Press.
- Daraei, M.H. (2015). Doctrine of Frustration of Contract in English, American and Iranian Law (Comparative Study). *Comparative Law Review*, 6(1), 107-150. (in Persian)
- Kierans, D.B. (2011). "Hell or High Water" Clauses in Equipment Leases: their enforceability in Québec, <https://www.mondaq.com/canada/finance-and-banking/128426/fully-secured-gowlings-march-31-2011>
- Deutch, S.A. (2012). Consumer contracts law as a special branch of contract law-The Israeli model. *Touro Law Rev*, 29, 695-720.
- Feldman, R.A. & Nimmer, R.T. (1999). *Drafting Effective Contracts: A Practitioner's Guide*. Wolters Kluwer.
- Fraidin, S., Mitnick, J., & Steinberg, R. (2022). Hell or High Water Provisions in Merger Agreements: A Practical Approach. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/05/25/hell-or-high-water-provisions-in-merger-agreements-a-practical-approach/>
- Gross, E.K., Liberatore, D.A., & Whelan, S.T. (2015). Leases. *The Business Lawyer*, Vol. 77, 1261-1272.
- Irakli, T. (2017). The principle of freedom of contract, pre-contractual obligations legal review English, EU and US law. *European Scientific Journal*, 13(4), 62-72.
- Izanloo, M. & Shahin, A. (2020). The Nature of Insurer's Liability and its Impact on Selection Method of "Recoupment" and the Principle of Subrogation. *Journal Encyclopedia of Economic Law*, 27(17), 103-142. (in Persian)
- La Camp, J., Kim, S., & Dissanayake, M. (2018) Challenges Associated with Applying the New Revenue Standard: Termination Rights, <https://dart.deloitte.com/USDART/home/publications/archive/deloitte-publications/industry/technology/technology-alerts-challenges-associated-with-applying/termination-rights>
- Katozian, N. (2006). *Civil Law: General Rules of Contracts*. Tehran: Publishing Company. Vol. 1. (in Persian)
- Katozian, N. (2010). *Introduction to the science of law*. Tehran: Mizan. (in Persian)
- Khanlari Bahnamiri, H. (2019). The absolute or binding acceptance of the principle of willpower in international business contracts with an attitude to Rome Regulation and American law. *Comparative Law Researches*, 23(3), 95-126. (in Persian)
- Matin, A. (2002). *Collection of judicial procedure (Legal part)*. Tehran: Roham. (in Persian)
- McConnell, J.J., & Schallheim. J.S. (1983). Valuation of asset leasing contracts. *Journal of Financial Economics*, 12(2), 237-261.
- Mohaghegh Damad, S.M. (2013). *The Rules of Islamic Jurisprudence*. Tehran: Samt. (in Persian)
- Mohammadi, G. & Jamali, M. (2016). Order to Execute the Void Contract as a Method of Compensation. *Judiciary Law Journal*, 80(95), 83-100. (in Persian)
- Mokhtari Chaharbari, A. & Farahzadi, A. (2020). Determining the Scope of the Principle of Contractual Freedom in the Light of the Theory of Rule and Right. *Journal of civil jurisprudence*, 12(21), 167-190. (in Persian)
- Niazabadi, M. & Ansari, N. (2020). Analysis of The Situation Caused by The Outbreak of Coronavirus Under the Justifiable Impediments for The Non-Performance of Contractual Obligations. *Legal Research Quarterly*, 23, 459-487. (in Persian)
- Robins, M.B. (1997) Patching the Leaky Umbrella: Coping with Drafting Anomalies in UCC Article 2A. *Journal of Equipment Lease Financing*, 15(1), 3-11.
- Parsapour, M.B. & Zakerinia, H. (2015). Sorts, Provisions and Effects of Non-performance Contract Excuses (Comparative Study on Iranian Legal System, Romano-Germanic, Common Law and Some International Instruments). *Comparative Law Researches*, 19(2), 25-50. (in Persian)
- Qanawāfī, J. (2010). Principle of Contract Freedom: Contracts and Contractual Conditions. *Journal of Fiqh and Usul*, 42(2), 135-157. (in Persian)
- Rahimi, H. & Alizade, S. (2018). Essence of price adjustment in construction contracts in Iran and fidic. *Private Law Research*, 6(21), 147-175. (in Persian)
- Rubin, P.H. (1981). Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance. *The Journal of Legal Studies*, 10(2), 237-247.
- Schäfers, H-B. & Ott, C. (2004). *The Economic Analysis of Civil Law*. translated by: M. Braham. Edward Elgar Publishing Limited.



- Sher, S., Coffman, B., & Kec, A. (2020). *Risk Allocation in Merger Agreements in an Era of Increased Enforcement*. Wilson Sonsini.
- Shabani, O. & Haji Mohammadi, A. (2014). An Overview of the Doctrine of Frustration and Force Majeure. *Journal of law and politics*, 10(21), 111-130. (in Persian)
- Shahidi, M. (2013). *Civil Law: Terms of contract*. Tehran: Majd publications. (in Persian)
- Soltan Ahmadi, J. & Valaei, M. (2019). Valid Conditions and Terms Subsequent Avoidance of Contract under Iranian Law and International Documents. *Private Law Research*, 8(28), 91-118. (in Persian)
- Tai, E. & Tjong, T. (2018). Force majeure and excuses in smart contracts. *European Review of Private Law*, 26(6), 787-804.
- Treitel, G.H. (2003). *The law of contract*. 11<sup>th</sup> edition. Sweet & maxwell.
- Weinberg, K. (2015). Structured Finance and Revenue Streams: Not Absolute and Unconditional, *Monitordaily*, <https://www.monitordaily.com/article-posts/structured-finance-and-revenue-streams-not-absolute-and-unconditional/>

