

## A Comparative Study on the Sanction of Breach of Fulfilling the Obligation by the Obligor: Study in Iranian Law, Common Law and Roman-Germanic Legal System

Received: 01/05/2017; Accepted: 09/11/2017 Rezahosseini Gandomkar<sup>1</sup>

### Abstract:

Fulfilling the obligations arising from contracts is one of the significant issues in the law of contracts. If each of the parties of the contract or one of them refuses to fulfill his/her contractual obligations, there are various solutions predicted in different legal systems in this regard. In Iranian law, sanction for this type of breach has been stated not implicitly in a general rule in the field of the consequences of the contract but in several legal articles in contracts such as sale, lease, cultivation and proviso. The first solution is to request the court to compel the obligor by the obligee. In the event of the impossibility of this compulsion, the base for the fulfillment of the obligation by the third party would be provided by the cost of the obligor, and as the last resort, the individual injured by the breach may abolish the contract. In other legal systems, various remedies have been foreseen including abolishment of the contract in the case of breach of the fulfillment of the obligation by the obligor for redressing the injury suffered by the injured party arising from breaching the performance of the contract. In Common Law system, in the case of non-fulfillment of the obligation by the obligor, the general principle is reparation. In Roman-Germanic legal system, the obligee is free to request the fulfillment of the obligation or abolish the contract. In Iranian law, the principle is to compel the obligor to fulfill the obligation. However, this solution is acceptable through realizing of certain conditions. The analytical and comparative investigation of this subject in different legal systems and comparing it to the law of Iran is aimed in this article. The present article is comprised of an introduction and 4 sections.

**Keywords:** Contract, Abolishment, Compelling the Obligor, Abolishment of the Contract, Damage, Pacta Sunt Servanda.



<sup>1</sup>Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom; Email: reza.saleh45@yahoo.com



## بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف متعهد از انجام تعهد (مطالعه در حقوق ایران و نظام کامن لا و رومی ژرمنی)

تاریخ دریافت ۹۶/۰۲/۱۱ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۸/۱۳ رضا حسین گندم کار<sup>۱</sup>

### چکیده

اجرای تعهدات ناشی از قرارداد یکی از مباحث مهم حقوق قراردادهاست. در صورتی که یکی از طرفین عقد یا یکی از آنها از انجام تعهدات قراردادی خویش خودداری نماید، راه‌حل‌های مختلفی در نظام‌های گوناگون حقوقی برای این موضوع پیش‌بینی شده است. در حقوق ایران نیز ضمانت اجرای این نوع تخلف نه در ضمن یک قاعده عام و کلی در مبحث آثار قراردادها بلکه در قالب مواد متعدد قانونی در عقود مثل بیع، اجاره، مزارعه و شروط ضمن عقد بیان شده است. اولین راه‌حل درخواست الزام متعهد توسط متعهدله از دادگاه است و اگر این الزام ممکن نشود با هزینه‌ی متعهد توسط شخص ثالث زمینه اجرای تعهد فراهم می‌شود و به عنوان آخرین راه‌حل شخص زیان‌دیده از تخلف می‌تواند قرارداد را فسخ کند. در سایر نظام‌های حقوقی راه‌حل‌های گوناگونی از جمله فسخ قرارداد در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهد برای جبران زیان زیان‌دیده از تخلف از اجرای قرارداد پیش‌بینی شده است. در حقوق کامن لا در صورت عدم اجرای تعهد از طرف متعهد، اصل کلی مطالبه خسارت است. در نظام حقوقی رومی و ژرمنی متعهد له مخیراست اجرای تعهد را مطالبه یا درخواست فسخ قرارداد را بنماید. در حقوق ایران هم اصل، الزام متعهد به اجرای تعهد است اما این راه حل با رعایت شرایطی قابل پذیرش می‌باشد. بررسی تحلیلی و تطبیقی موضوع در نظام‌های مختلف حقوقی و انطباق آن با حقوق ایران مورد بررسی در این مقاله است. این مقاله در یک مقدمه و چهار گفتار ارائه می‌شود.

**واژگان کلیدی:** قرارداد، اجبار متعهد، فسخ قرارداد، خسارت، اصل لزوم.





#### مقدمه

منظور از ضمان اجرای تخلف از انجام تعهد قراردادی راهکارهایی است که برای تدارک زیان وارده به متضرر به دلیل عدم انجام تعهد در حقوق ایران و سایر نظام‌های حقوقی پیش‌بینی شده است.

در قراردادها به ویژه عقود معوض هدف از قراردادها مبادله ثروت و توزیع گردش مال به طور عادلانه است، هر کس تعهد به انجام کاری یا تسلیم مالی را می‌نماید هدفش این است که عوضی معادل یا بیش‌تر از آن‌چه تسلیم می‌کند را به دست آورد. بر این اساس عقود به معوض و غیر معوض تقسیم می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۱۳).

لازمه دسترسی به آن‌چه که در انعقاد قرارداد طرفین آن جستجو می‌نمایند آن است که هر یک از طرفین قرارداد تعهداتی که به موجب قرارداد برعهده گرفته‌اند را در موعد مقرر و مطابق با قرارداد اجرا نمایند. نقض عهد و پیمان‌شکنی به حکم اخلاق و مذهب و حقوق مذموم و مورد نکوهش است. ایجاد نظم در روابط اقتصادی با تأمین استحکام و استواری قراردادها امکان‌پذیر است. نقض تعهدات موجب بی‌اعتباری عقود و عدم اعتماد عمومی به این اسباب توزیع ثروت و گردش و نقل و انتقال منظم و قانونی اموال و دارایی‌ها می‌شود و جامعه را دچار سردرگمی و بی‌عدالتی می‌کند بنابراین باید از طرق مختلف در جهت ثبات قراردادها کوشید و با راه‌حل‌های حقوقی مناسب فرد متخلف و پیمان‌شکن را وادار به اجرای تعهدات خویش نمود. هدف اصلی طرفین قرارداد دستیابی به مورد معامله‌ای است که ترتیب داده‌اند. لذا در راستای حمایت از این هدف مشروع قانون‌گذار ایرانی اصل اولیه را بر اجرای اصل موضوع قرارداد (اجرای عین تعهد) قرارداده است و فسخ را به عنوان راه‌حلی استثنایی پس از طی تشریفات و راه‌حل‌های دیگر پیش‌بینی نموده است (مواد ۲۳۷-۲۳۹ ق.م).





هم چنین اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م) نیز تأکیدی بر این امر مهم است که جز در موارد خاص طرفین ملزم به اجرای تعهدات خود هستند. طبیعی ترین وسیله اجرای تعهد وفای به عهد است (بند ۱ ماده ۲۶۴ ق.م).

با این توضیحات در هر حال ممکن است متعهد از انجام تعهدات خود سرباز زند با توجه به نوع قراردادها و تعهدات ناشی از آنها و زیان‌هایی که ممکن است در اثر عدم اجرای تعهد به شخص متعهدله وارد شود، به ویژه در معاملات بین‌المللی، آیا اصل الزام به اجرای تعهد در همه‌ی موارد می‌تواند زیان وارده را جبران کند یا در مواردی راهکارهای حقوقی دیگر غیر از الزام به انجام تعهد می‌تواند موثرتر باشد و در نتیجه حسب مورد انتخاب راهکار مناسب را به زیان‌دیده داد. در عقود مثل بیع ضمان تلف مبیع قبل از تسلیم برعهده فروشنده است (ماده ۳۸۷ ق.م) حال اگر مشتری به پرداخت ثمن اقدام نکند فروشنده به جز درخواست الزام خریدار چه اقدامی می‌تواند انجام دهد.

گاهی الزام متعهد ممکن است نتیجه معقولی را به همراه نداشته باشد یا پیگیری الزام متعهد متضمن هزینه‌های فراوان برای متعهدله گردد و در نهایت هم به نتیجه مطلوب نرسد.

در نظام‌های حقوقی برای جبران این نوع ضررها راه‌حل‌های مختلفی از جمله امکان الزام متعهد به اجرای عین تعهد پیش‌بینی شده است ما در این مقاله سعی داریم که از این راه‌حل‌ها برای جبران زیان زیان‌دیده استفاده کنیم. در برخی از نظام‌های حقوقی فسخ قرارداد و جبران خسارت راه‌حل اولیه است، برخی دیگر از نظام‌ها اصل بر اجرای عین تعهدات برخی نیز اجرای عین قرارداد به همراه جبران خسارت ناشی از عدم اجرا به موقع تعهد پیش‌بینی شده است، مضافاً در مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی و مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپایی و UCC و... حسب مورد راه‌حلی در این خصوص ارائه شده است، و به نظر می‌رسد برخی از راهکارهای مزبور در حقوق ایران قابل اعمال است. باید یاد آور شویم که نظر به عنوان موضوع بررسی مربوط به شیوه رایج نقض تعهد یعنی تعهدات حال است و نقض پیش‌بینی و آثار آنرا شامل نمی‌شود.

با عنایت به تطبیقی بودن بررسی موضوع و وجود راهکارهای حقوقی متنوع در سایر

نظام‌های حقوقی ابتدا به بررسی موضوع مورد بحث در نظام‌های حقوقی خارجی (نظام‌های





(نظامهای مبتنی بر کامن لاو و رومی ژرمنی) می‌پردازیم سپس به بررسی موضوع در حقوق ایران و در نهایت به تطبیق نظام‌های مورد مطالعه و جمع‌بندی مطالب می‌پردازیم.

### ۱. ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد در حقوق رومی ژرمنی و کامن لا

در این گفتار شاخص‌ترین نظام‌های حقوقی خارجی که عبارت از حقوق فرانسه (نماد حقوق رومی ژرمنی) و حقوق کامن لا (حقوق انگلیس) و سایر مقررات و کنوانسیونهای مبتنی بر آنها مثل مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپایی «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»<sup>۲</sup> اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی<sup>۳</sup> مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱-۱. حقوق فرانسه

در نظام حقوق فرانسه دو ضمانت اجرا برای خودداری از انجام تعهدات قراردادی پیش‌بینی شده است.

#### ۱-۱-۱. الزام به اجرای عین تعهد

اجرای تعهدات قراردادی مبنای نظام اجتماعی است در نتیجه الزام مستقیم و غیرمستقیم متعهد به انجام تعهد اساس این نظام است (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۴).

در نظام حقوقی فرانسه قرارداد در حکم قانون در روابط طرفین قلمداد شده است (ماده‌ی ۱۱۳۴ ق.م) طبق این مقررات قرارداد باید اجرا شود و هیچ یک از طرفین حق ندارد از اجرای آن خودداری کند.

مطابق مواد (۱۶۱۰) و (۱۱۸۴) قانون مدنی فرانسه در صورت تخلف از اجرای تعهدات قراردادی متعهدله می‌تواند الزام متعهد متخلف را به اجرای قرارداد بخواهد یا درخواست فسخ قرارداد را به علاوه خسارات عدم انجام تعهد را مطالبه کند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۴: ۲۵۵). (Mazeaud:1998:N1087).

در این ماده اختیار تقاضای اعلام فسخ قرارداد در صورت خودداری طرف از اجرای قرارداد به عنوان شرط ضمنی مورد توافق طرفین شناخته شده است. ماده‌ی (۱۱۸۴) مزبور



1. Principles of European contract law, (P.E.C.L)  
2. Uniform commercial law, (UCC)  
3. Unidort.

مقرر می‌دارد: تعلیق انحلال عقد در صورت خودداری طرف قرارداد از اجرای آن همواره در قرارداد مستتر است در این صورت قرارداد خود به خود منحل نمی‌شود، طرفی که قرارداد برای او اجرا نشده است می‌تواند در صورت امکان اجرای قرارداد طرف ممتنع را ملزم به آن کند یا این که فسخ قرارداد را همراه با جبران خسارت تقاضا کند.

### ۱-۲-۱. فسخ قرارداد و دریافت خسارت

در صورتی که متعهد از اجرای تعهد خودداری کند متعهدله طبق ماده‌ی (۱۱۸۴) می‌تواند به دادگاه مراجعه و درخواست فسخ و انحلال، قرارداد را به همراه خسارات وارده از متعهد درخواست نماید، ممکن است با تقاضای مهلت خوانده مطابق اوضاع و احوال موافقت گردد. همان گونه که ملاحظه می‌شود خواهان امکان درخواست فسخ را به همراه خسارات وارده را از دادگاه دارد، و طبق ذیل ماده‌ی مزبور ممکن است دادگاه حسب شرایط و اوضاع و احوال با درخواست اعطای مهلت خوانده (برای اجرای تعهد) موافقت کند. راه‌حلی که می‌تواند زمینه را برای اجرای تعهد فراهم نماید

نکته‌ای که قابل توجه است آن است که آیا مفاد ماده‌ی (۱۱۸۴) قانون مدنی فرانسه ناظر به اعلام انفساخ قرارداد از طرف دادگاه پس از درخواست خواهان است و انحلال عقد برای دفع ضرر از زیان‌دیده (خواهان) شناخته شده است یا دادگاه باید بررسی و به خواهان اجازه فسخ قرارداد را بدهد.

ماده‌ی (۱۱۸۴) از واژه تعلیق انحلال عقد استفاده نموده است. بند ۲ این ماده اشعار می‌دارد که قرارداد خود بخود منحل نمی‌شود و متعهد له می‌تواند به دادگاه مراجعه و الزام متعهد را به اجرای تعهد (در صورت امکان) در خواست یا انحلال عقد و پرداخت خسارت ناشی از تخلف از اجرای قرارداد را از او تقاضا کند.

مفاد مواد (۱۱۶۸) و (۱۱۸۳) قانون مدنی فرانسه دلالت بر تحقق انحلال عقد معلق به صرف عدم تحقق و حصول معلق علیه (انجام تعهد) دارد. لیکن مقررات ماده‌ی (۱۱۸۴) مفید این معناست که قرارداد خود به خود منحل نمی‌شود و خواهان می‌تواند به دادگاه مراجعه و





الزام متعهد را به اجرا درخواست کند یا انحلال عقد را توأم با خسارت ناشی از تخلف از اجرای قرارداد را تقاضا کند، به گفته‌ی برخی از حقوق‌دانان رویه قضایی فرانسه نیز درج تعلیق انحلال خود به خود عقد را در صورت عدم اجرای قرارداد به وسیله خریدار بایع را از دعوی مطالبه اجرای قرارداد منع نمی‌کند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۸۰). گرچه بدو تقاضای فسخ قرارداد را بنماید. برخی از نویسندگان حسب تفسیری که از مواد (۱۶۱۰) و (۱۱۸۴) به عمل آورده اند گفته اند: دادگاه در صورتی حکم به فسخ می‌دهد که نقض قرار داد آنقدر اساسی باشد که فسخ قرار داد را توجیه کند (Ghestin: 1980:741)

مطابق بند ۳ ماده‌ی (۱۱۸۴) انحلال باید از مرجع قضایی درخواست شود. که نشانه عدم تحقق انحلال عقد به خودی خود است. ماده‌ی (۱۱۶۸) و (۱۱۸۳) ق.م.حاکمی از این است که انحلال خود به خود صورت می‌گیرد.

نویسندگان حقوقی فرانسه نیز اعلام کرده‌اند دادگاه انحلال عقد را محقق نمی‌سازد بلکه آن را اعلام می‌کند (Mazeaud, 1998: N 1094).

با توجه به تعارض ظاهری که بین مواد مزبور وجود دارد، چگونه باید این تعارض را حل کرد؟

برخی از نویسندگان حقوقی تعارض را ناشی از خلط جنبه‌ی ثبوتی و اثباتی نسبت به این مورد در حقوق فرانسه دانسته‌اند یعنی انحلال به خودی خود به صرف خودداری متعهدله از اجرای قرارداد حاصل می‌شود. لیکن از جنبه‌ی اثباتی موجب آن شده است که تحقق قضایی آن در صلاحیت مراجع قضایی قرار گیرد و رأی قضایی هم جنبه‌ی اعلامی دارد نه ایجاد (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۸۲).

بنابراین انحلال با تحقق معلق علیه خود به خود واقع می‌شود ولی اعلام انحلال باید توسط دادگاه به تقاضای خواهان به عمل آید و بدون این تقاضای انحلال بدون پشتوانه رأی قضایی می‌ماند که در نتیجه باید منتفی و قرارداد باید باقی تلقی شود.







### ۲-۱. حقوق کامن لا (انگلیس)

در نظام کامن لا و حقوق انگلیس هم دو راه حل برای ضمانت اجرای تخلف متعهد از انجام تعهدات قراردادی پیش بینی شده است. راه حل اصلی فسخ قرارداد و جبران خسارت و راه حل فرعی و خاص اجرای عین تعهد!

#### ۲-۱-۱. فسخ قرارداد و دریافت خسارت

در نظام حقوقی کامن لا اجرای عین تعهد استثنا است (ماده ۵۹ قانون بیع ۱۹۷۹) و اصولاً فسخ قرارداد و دریافت خسارت ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی بر الزام به اجرای تعهدات ترجیح دارد. «متعهده می تواند متعهد را ملزم به جبران ضرر و زیان ناشی از تخلف از انجام تعهد کند و این روش، روش عادی در برخورد با تعهد متخلف تلقی می شود» (Cheshire and Fifoot, and Farmeston:1986: 679, Treitel:1984: 338).  
339. در موارد استثنایی متعهد متخلف ملزم به انجام عین تعهد می شود (Treitel:1984:338).  
به طور کلی در کامن لا چنین پنداشته می شود که ادای ضرر و زیان ناشی از تخلف از انجام تعهد معمولاً وسیله ای مناسب برای جبران خسارت است، زیرا متعهده از این طریق می تواند آنچه را که مورد تعهد بوده است از راه دیگر به دست آورد (Treitel:1984: 339).  
البته این راه حل در جایی صدق می کند که مورد تعهد مال مثلی باشد که در بازار غالباً یافت می شود. (Treitel:1984:339)

#### ۲-۱-۲. الزام به اجرای عین تعهد<sup>۱</sup>

همان گونه که بیان شد در موارد خاص و استثنایی محاکم انگلیس حکم به الزام به انجام عین تعهد می دهند در موردی که موضوع تعهد قائم به شخص باشد یا غالباً در بازار یافت نشود (موضوع تعهد به اصطلاح قیمی باشد) متعهد مکلف به اجرای عین تعهد می شود، مانند فروش یک اثر هنری که امکان جایگزین برای آن وجود ندارد (Treitel:1984:339).  
در مواردی هم ممکن است دادگاه دستور دهد که متعهد مورد تعهد را انجام دهد. سرپیچی متعهد توهین به دادگاه تلقی شده و منجر به زندانی شدن متعهد می گردد.





هم چنین طبق ماده‌ی (۵۲) قانون بیع انگلیس اجرای عین تعهد منوط به آن است که دادگاه آن را منصفانه تشخیص دهد. پس موارد الزام به اجرای قرارداد محدود و منوط به صلاحدید دادگاه است.

باید اضافه کرد که نقض تعهد در حقوق انگلیس ممکن است مربوط به تعهدات اصلی باشد یا تعهدات فرعی نقض تعهدات اصلی است که منجر به فسخ قرارداد و دریافت خسارت می‌شود و نقض تعهدات فرعی به متعهدله حق می‌دهد که درخواست جبران خسارت نماید (Cheshire, Fifoot and Furmoston, 1986: 681)

### ۳-۱: کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ تحت تأثیر حقوق رومی-ژرمنی دو ضمانت اجرا برای نقض تعهدات طرفین قرارداد به صورت تخییری در نظر گرفته شده است.

#### ۱-۳-۱. اجرای عین تعهد

طبق ماده‌ی (۶۲) کنوانسیون در تعهدات پولی متعهدله می‌تواند اجرای تعهدات پولی را تقاضا نماید مگر آن که بایع به یکی از طرق جبران خسارت که با این درخواست وی منافات دارد مثل فسخ متوسل شده باشد. در مواد (۲۸) و (۴۶) کنوانسیون درخواست اجرای عین تعهد پیش‌بینی شده ولیکن در ماده‌ی (۲۸) اختیار به دادگاه داده شده است که به نظر می‌رسد کنوانسیون از حقوق کامل‌لا متأثر شده است ولی در ماده‌ی (۴۶) اختیار بی‌قید و شرط با مشتری است در ماده‌ی (۶۲) کنوانسیون هم اجرای عین تعهد توسط فروشنده مطرح شده است و موارد منع اجبار به اجرای عین تعهد هم ذکر شده است از جمله این که اجرای تعهد نامشروع بوده یا اجرای تعهد موجب هزینه‌ی گزاف یا تلاش فراوان و نامتعارف برای بدهکار شود.

#### ۱-۳-۲. فسخ قرارداد و جبران خسارت

در صورت وجود نقض اساسی در قرارداد خریدار و فروشنده حق دارد که قرارداد را فسخ و تقاضای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد را بنماید.





بنابراین متعهدله الزامی ندارد که در ابتدا اجرای قرارداد را از متعهدله درخواست کند و اختیار دارد که اجرای عین تعهد را از متعهد بخواند یا قرارداد را فسخ کند. این راه حل کنوانسیون هماهنگ با راه حل حقوق فرانسه است.

### ۱-۳-۳. ضمانت اجرای دیگر

کنوانسیون در مورد نقض (ولو اساسی) در اجرای تعهدات بدون فسخ قرارداد راه‌های دیگری را پیش‌بینی کرده است که شامل درخواست بدل یا تعمیر کالا می‌باشد لیکن انتخاب این راه‌حل‌ها طرفین را از اعمال حق فسخ محروم نمی‌سازد (Honold, 1991: 193-280, 286).

علاوه بر موارد مزبور کنوانسیون امکان فسخ قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض را در قالب یک قاعده کلی مقرر نموده است ماده‌ی (۷۲) کنوانسیون مقرر می‌دارد: چنان چه قبل از رسیدن موعد اجرای تعهد به نحو معقولی آشکار شود تعهد اجرا نخواهد شد مانند آن که متعهد اعلام کند از ایفای تعهداتش خودداری خواهد نمود طرف مقابل می‌تواند با ارسال اخطاری تصمیم خود را بر فسخ قرارداد اعلام کند و چنان چه متعهد حاضر به ارائه تضمین مناسب برای اجرای قرارداد نشود متعهدله حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

صرف احتمال نقض تعهدات در آینده موجب حق فسخ نخواهد شد و همان‌گونه که ذکر شد فسخ قبل از موعد نیازمند شرایطی از قبیل آشکار بودن نقض در آینده، اساسی بودن نقض، عدم ارائه تضمین مناسب از سوی متعهدله می‌باشد (امینی، مافی، اعظمی، ۱۳۹۰: ۳۷).

### ۱-۴. اصول حقوق قراردادهای اروپایی

در مقررات مزبور طبق ماده‌ی (۹-۱۰۱) و (۹-۱۰۲) در تعهدات پولی و غیر پولی قائل به تخیر متعهدله شده است در قراردادهای پولی متعهدله می‌تواند اجرای عین تعهدات را خواستار شود مگر آن که امکان معامله جایگزین وجود داشته باشد. در صورتی که با توجه به اوضاع و احوال موجود غیر معقول باشد مثل آن که بدهکار اعلام کند که دیگر تعهد را اجرا نخواهد کرد، یا اجرای تعهد را (از سوی متعهدله) نمی‌خواهد. فسخ قرارداد راه‌حل جبران زیان متعهدله است. در تعهدات غیر پولی نیز متعهدله مخیر در اجرای عین تعهدات





است و می‌تواند از دادگاه درخواست دستور یا حکم اجرای بنماید (ماده‌ی ۱۰۲-۹)، یا قرارداد را فسخ کند.

#### ۵-۱. سایر نظام‌ها و کشورها

در مقررات UCC در ماده‌ی (۱-۲-۷) و (۲-۲-۷) احکام الزام مشتری به پرداخت ثمن به همراه اخذ خسارت پیش‌بینی شده است، این برای حل شبیه حقوق فرانسه و ایران است. در حقوق مصر ماده‌ی ۱۵۷ ق.م.مقرر داشته است که در عقود معوض اگر یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند طرف دیگر پس از اخطار به متعهد اختیار دارد اجرا یا فسخ قرارداد را مطالبه کند. و در هر دو حالت هنگام مقتضی وجود داشته باشد حکم به جبران خسارت نیز می‌شود (سنه‌وری، بی تا: ۶۹۶).

در حقوق آلمان طبق ماده‌ی (۲۷۵) ق.م. متعهد زمانی از قید تعهد آزاد می‌شود. که برای تعهد به علتی غیر از آنچه به متعهد مربوط می‌شود غیر ممکن شود. و مطابق ماده (۲۸۳) قانون تعهدات این کشور در صورت صدور حکم نهایی علیه مدیون دائن می‌تواند مدت معقولی را برای اجرای قرارداد معین کند و ضمن آن اعلام کند که پس از انقضای مدت مزبور از پذیرش اجرای تعهد خودداری خواهد کرد. و پس از مدت مزبور متعهدله می‌تواند خسارت عدم اجرای تعهد را مطالبه کند. این رویه ویژه حقوق آلمان است.

ماده‌ی (۱۱۹) قانون مدنی الجزایر، مواد (۱۰۷ تا ۱۰۹) قانون تعهدات سوئیس، مواد (۹۱۸ تا ۹۲۰) قانون اتریش و ماده‌ی (۲۵) قانون مدنی لهستان حاوی مقررات شبیه قانون مدنی مصر است.

بنابراین در نظام‌های مختلف در عقود معوض هرگاه یک طرف قرارداد از انجام تعهد خود سرباز زند طرف دیگر قرارداد هر چند تحت شرایطی می‌تواند خود را از انجام تعهد آزاد کند (شیروی، ، ۱۳۷۸: ۵۹).





## ۲. ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد قراردادی در حقوق ایران

در حقوق ایران اصل لزوم قراردادهاست (ماده‌ی ۲۱۹ق.م.ا) و این بدان معناست که هیچ یک از طرفین نمی‌تواند قرارداد را به هم زند و آثار الزامی آن را ملغی سازد (امامی، ۱۳۶۴: ۲۳۰).

به استناد اصل لزوم هر تعهدی که از عقد ناشی می‌شود باید اجرا شود و اجرای تعهد معمولی‌ترین وسیله سقوط تعهد است زیرا مقصود متعهدله که دستیابی به مورد تعهد است حاصل می‌گردد (امامی، ۱۳۶۴: ۳۱۴). راهکارهای حقوق ایران در رابطه با الزام متعهد به اجرایی تعهدات وی از قرار زیر است:

### ۲-۱. اجرای عین تعهد

نویسندگان حقوق مدنی به تبعیت از مقررات قانون مدنی عموماً اتفاق نظر دارند که راه حل اصلی در حقوق ایران اجرای عین تعهد است از ملاک ماده‌ی (۲۳۷) و (۳۷۶) و (۴۷۶) قانون مدنی استفاده می‌شود که متعهدله در صورت عدم اجرای تعهد باید به دادگاه برود و الزام متعهد را به انجام دادن تعهد بخواهد.

### ۲-۲. اجرای تعهد توسط شخص ثالث

در صورتی که الزام متعهد به انجام تعهد مقدور نباشد دادگاه به هزینه متعهد به وسیله شخص ثالث آن تعهد را انجام می‌دهد (ماده‌ی ۲۳۸ق.م).

### ۲-۳. فسخ قرارداد

در صورتی که امکان اجرای تعهد توسط شخص ثالث با هزینه متعهد میسر نباشد متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کند (ماده‌ی ۲۳۹ق.م).

در مجموع از جمع مواد بالا به دست می‌آید که صرف خودداری متعهد از اجرای تعهد موجب حق فسخ نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴: ۲۵۵). بنابراین به صرف عدم اجرای تعهد در حقوق ایران نمی‌توان قرارداد را فسخ نمود. واگر قرارداد به صورت وحدت مطلوب نبوده و مقید به زمان خاص نباشد، متعهدله می‌تواند متعهد را وادار به اجرای عین تعهد و در کنار آن الزام به پرداخت و جبران خسارت ناشی از عدم اجرا نماید این اصل (الزام به انجام عین تعهد) بعضاً استثنائاتی دارد. مثل ماده‌ی (۴۰۲)، یا در صورتی که تعهد عملی باشد که





قائم به شخص متعهد است و به تعبیر دیگر مباشرت شخص متعهد در آن شرط است که این موارد تعهد صرفاً توسط متعهد و نه غیر از متعهد قابل انجام می‌باشد.

#### ۲-۴. راه‌حل‌های دیگر

علاوه به موارد مذکور در مواد فوق راه‌حل‌های دیگری برای جلوگیری از زیان ناشی از عدم اجرای احتمالی تعهد و جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد توسط متعهد در حقوق ایران وجود دارد.

#### ۲-۴-۱. تعلیق انحلال عقد

مقصود از تعلیق انحلال عقد این است که هنگام عقد قرارداد طرفین توافق نمایند که مثلاً در صورت عدم تحقق امری در آینده قرارداد منحل شود. پس طرفین می‌توانند شرط نمایند که در صورت عدم اجرای تعهد از جانب طرف مقابل عقد منحل (منفسخ) گردد چنین شرطی صحیح به نظر می‌رسد زیرا منع قانونی برای چنین شرطی وجود ندارد و عموماً وفاء به شرط (المؤمنون عقد الشروطهم) شامل آن می‌شود. از طرف دیگر انشاء فسخ در زمان عقد صورت گرفته است و نوعی اقاله غیر معمول در آینده است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۶۰). بر خلاف حقوق فرانسه تعلیق انحلال عقد نیاز به توافق صریح یا ضمنی طرفین آن دارد زیرا در صورت تخلف از اجرای تعهد نمی‌توان گفت که متخلف راضی به اجرا نبوده و با فسخ طرف دیگر نوعی تراضی بر انحلال عقد صورت گرفته است چه بسا متعهد انگیزه‌های مختلفی از این اقدام داشته باشد.

#### ۲-۴-۲. توقیت انحلال عقد

در این روش زمان معینی برای انحلال عقد بدون نیاز به انشاء فسخ عقد پیش‌بینی می‌شود مثلاً خانه‌ای به فروش برسد که عقد پس از دو سال منحل گردد. در موضوع مورد بحث ما در قرارداد شرط شود که در صورتی که متعهد ظرف مدت دو ماه تعهد خود را انجام ندهد قرارداد فسخ شود. طبق قواعد عمومی حاکم بر شروط و قراردادها به ویژه اصل صحت تردیدی در صحت این گونه شرط نمی‌باشد، طبق ماده‌ی (۱۰) قانون مدنی این گونه شروط مخالفی با قوانین ندارد و صحیح است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۸).





### ۲-۴-۳. حق معلق فسخ

در این صورت طرفین پیدایش حق فسخ در زمان معین را معلق بر امری ظرف مدت معینی در آینده می سازند به عنوان مثال طرفین شرط کنند که اگر متعهد به تعهد خود عمل کند طرف دیگر حق فسخ قرارداد را ظرف مدت معینی پس از حصول معلق علیه داشته باشد. این نوع شرط نوعی خیار شرط معلق است که پیدایش آن موکول به امر دیگری ظرف مدت معین شده است. شهیدی: ۱۳۸۶: ۵۶)

### ۲-۴-۴. فسخ قرارداد

آنچه در مورد فسخ به عنوان آخرین راه حل گفته شد بر مبنای نظر مشهور است که در قانون مدنی مورد تبعیت قرار گرفته است لیکن نظر غیر مشهور آن است که در صورت عدم اجرای تعهد نمی توان متعهد را به اجرای تعهد اجبار نمود بلکه طرف دیگر می تواند قرارداد را فسخ کند و مطالبه خسارت نماید (امامی، ۱۳۶۴: ۲۹۰).

## ۳. بررسی و تحلیل موضوع در دکترین و فقه امامیه

### ۳-۱. بررسی نظر حقوقدانان

عموم حقوق دانان و شارحین قانون مدنی ایران بر این عقیده اند که مادام که امکان الزام متعهد به انجام تعهد وجود دارد، یا امکان انجام تعهد توسط شخص ثالث با هزینه متعهد وجود دارد. حق فسخ قرارداد برای متعهدله وجود نخواهد داشت. زیرا اصل در قراردادها لزوم است قانون قرارداد بین طرفین است و عهدشکن باید اجبار شود. و زمانی که اجرای عقد ممکن است طرفین باید بدان پای بند بوده و اجرا نمایند (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۳۰) بر همین اساس گفته اند که با وجود حق فسخ در مادهی (۴۰۲) برای بایع در مادهی (۴۰۶) این حق از مشتری سلب شده است علی رغم این که علی الظاهر تفاوتی بین مبیع و ثمن نیست و تفاوت آنها اعتباری است (امامی، ۱۳۶۴: ۴۸۵).

برخی از حقوق دانان می گویند در مواردی که حق فسخ پیش بینی شده است وضعیت به گونه ای است که امکان اجرای تعهد وجود ندارد. مثلاً در مادهی (۲۳۵) معلوم می شود که معامله وصف مقصود را ندارد و یا در مادهی (۲۴۰) انجام شرط ممتنع می شود و نیز در خیار





تخلف از شرط متضمن این است که متعهد به تعهد خود وفا نمی کند و به وسیله دیگران هم قابل انجام نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۳۸).

طبق نظر حقوق دانان فسخ آخرین راه حل است و تمسک به اجرای عین تعهد راه حل اولیه و مقدم بر سایر راه حل هاست (صفایی، ۱۳۸۷: ۲۴۹-۲۳۵؛ مصطفی عدل، ۱۳۴۲: ۳۰۸؛ شهیدی، الف ۱۳۹۳: ۱۷۸-۱۷۷).

در نظرات ارائه شده از جانب حقوق دانان مهم ترین دلایل ابراز شده از جانب ایشان عبارت است از:

۱. اصل لزوم قراردادها: همان طور که بیان شد ایشان معتقدند که اصل، لزوم قراردادهاست. عقد لازم جز در موارد استثنایی قابل فسخ نیست و از طرف دیگر خودداری یکی از دو طرف از اجرای قرارداد مجوز فسخ معرفی نشده است. در نتیجه طرفی که با خودداری طرف دیگر قرارداد روبرو می شود نمی تواند قرارداد را فسخ کند.

در پاسخ به این استدلال می توان گفت که اگر چه اصل لزوم در قراردادها در کلیه نظام های حقوقی مطرح و مورد توجه بوده و مفاد قرارداد مانند حقوق خصوصی طرفین باید محترم و الزام آور باشد و یکی از طرفین نمی تواند مفاد قصد مشترک را بدون رضایت و توافق دیگری تغییر دهد، اما باید حدود این لزوم را تعیین کرد و روح حاکم بر اصل ثبات در قراردادها را کشف و بر اساس آن مفاد این قاعده را تفسیر نمود. باید توجه داشت که محدودیت های زیادی به اعمال بی کم و کاست اصل مذکور وجود دارد. نیروی الزام آور عقد در حقوق کنونی بدون آسیب باقی نمانده است و جاذبه پیشین و سنتی خود را ندارد. نظریه پردازان و گاه قوانین و دادگاه ها سعی می کنند تا از انصاف و عدالت حدود تازه ای برای نفوذ عقد ایجاد کنند. (رفیعی، ۱۳۸۶: ۱۲۶).

آنچه در این زمینه راهگشا می باشد توجه به این نکته می باشد که اصل لزوم را باید با توجه به مبنای آن مورد توجه قرار داد. مهم ترین مبنای اصل لزوم غیر از مبنای لفظی آن که آیه « اوفو بالعقود » می باشد و مبنای عملی آن که استصحاب می باشد، مبنای عقلی و بنای عقلاً در این مورد است. وقتی بنای عقلاً اصل لزوم را بنیان گذاشته است واضح است که در تفسیر بعدی از این اصل، در مسائل متفاوتی که حادث می شود نیز باید محور اصلی را بر این





مبنا گذاشت. جایی که عقلاً بر نفی ضرر حکم می‌کنند و ادامه قرارداد برای یکی از طرفین ضرری می‌باشد آیا باز هم باید بر اصل لزوم تکیه کرد؟ به عبارت دیگر جایی که خود عقلاً بنایشان بر وجود اصل لزوم نیست، اصرار بر اصل لزوم بی توجیه و غیر منطقی می‌باشد. بنابراین در مواردی که عرف و عقلاً در امری دست از لزوم بردارند و عدول از اصل لزوم عقلاً قابل توجیه باشد به نظر می‌رسد دیگر اصل لزوم کارایی نخواهد داشت (سبزواری، ۱۴۱۶: ۱۸۰).<sup>۱</sup> در واقع باید گفت درست است اصل، لزوم قراردادها است اما اگر از این لزوم ضرری ناروا ایجاد شود نمی‌توان به آن پای‌بند بود. تأکید بیش از حد بر اصل لزوم از جانب این حقوق‌دانان در حالی صورت می‌گیرد که ادله دیگر مانند نفی ضرر بر آن حاکمند و نباید از آن‌ها غافل ماند. اصل لزوم به این صورت نیست که یک قاعده کلی و لایتغیر باشد که فقط در چند مورد استثنایی که در قانون بیان شده قرارداد قابل فسخ باشد، بلکه اگر بتوان مبانی را که در سایر موارد فسخ قرارداد را توجیه می‌کند یافت، فسخ عقد موجه می‌باشد. تأکید بیش از حد بر اجرای قرارداد ممکن است موجب سخت‌گیری نامتعارف و بدون جهت معقول بر متعهد با حسن نیت هم بشود، به همین دلیل حقوق خارجی در این مسئله اختیار فسخ معامله را به متعهد له داده است.

۲- دلیل دیگری که در این بخش می‌توان اشاره کرد، قاعده لزوم ایفای عین تعهد است که در نظام حقوقی ایران با توجه به لزوم و ملاک موادی همچون ماده (۲۳۹) قانون مدنی<sup>۲</sup> بر خلاف حقوق کشورهای کامن لا، به عنوان قاعده اولیه پذیرفته شده است. به موجب این قاعده تا زمانی که امکان اجرای عین تعهد وجود دارد باید به مفاد عقد پای‌بند بود و مانع تزلزل عقد شد. برای نیل به این مقصود باید قبل از فسخ قرارداد، متعهد الزام به اجرای قرارداد گردد و در صورتی که الزام امکان‌پذیر نشد به عنوان آخرین راهکار می‌توان قائل به حق فسخ شد. (امینی، مافی، اعظمی، ۴۴). ولی سوال این است که اگر اجرای تعهد توأم با مشقت

<sup>۱</sup> ایشان می‌فرمایند: «اصاله اللزوم سواء كان لفظيا او عمليا ماخوذه من بناء العقلا على اللزوم في عقودهم فتجری فی غیر مورد بناههم علی عدم اللزوم».

<sup>۲</sup> ماده (۲۳۹) قانون مدنی: هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب از واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.





و هزینه گزاف باشد یا پیگیری اجرا غیر معقول باشد باز هم باید دنبال اجرای عین تعهد بود؟

۳- دلیل سومی که این حقوق دانان در توجیه استثنائی بودن فسخ عقد به آن استناد کرده‌اند، مواد (۴۰۲) و (۴۰۶) قانون مدنی در باب خیار تأخیر ثمن است.

ماده (۴۰۲) قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تادیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متعاملین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله است.» ماده (۴۰۶) قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: «خیار تأخیر ثمن مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تأخیر در تسلیم مبیع این اختیار نیست.»

در واقع ایشان با استدلال به این مواد معتقدند که در غیر مورد ماده (۴۰۲) هیچ خیاری برای طرفین وجود نخواهد داشت و نمی‌توان مادام که الزام به اجرای قرارداد ممکن باشد به حق فسخ تمسک نمود. این در حالی است که حداکثر مفهوم ماده (۴۰۲) که تحت عنوان خیار تأخیر ثمن ذکر شده است آن است که اگر شرایط مقرر در آن محقق نشود خیار تأخیر ثمن وجود نخواهد داشت و اصلاً نسبت به وجود یا عدم وجود سایر خیارات اعم از معنون و غیر معنون ساکت است و موضع مثبت یا منفی ندارد (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۱).

به عبارت دیگر در ماده (۴۰۲) تنها این فرض پیش‌بینی شده که خریدار ثمن را نپردازد، که در این صورت تنها بایع آن هم مشروط به شرایطی طبق ماده (۴۰۲) ق.م. اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. اما در مورد این فرض که اگر بایع به تعهد خود عمل نکند و یا در مورد تخلف خریدار، شرایط مقرر در این ماده موجود نباشد ضابطه‌ای وضع نشده است. بنابراین استدلال به این ماده برای رد اثبات خیار در موارد دیگر استدلالی مردود و ناموجه است. چرا که اثبات شیئی منفی مانع از اثبات می‌کند و در واقع در غیر از مورد ماده (۴۰۲) نیازمند بررسی و جستجو برای یافتن حکم می‌باشد و از آنجا که در موارد سکوت قانون راهگشای قضیه رجوع به فقه می‌باشد، این موضوع نیازمند بررسی فقهی است که در گفتار بعدی به طور مفصل به این امر پرداخته‌ایم.



### ۲-۳. بررسی فقهی موضوع

در بررسی فقهی امکان فسخ قرارداد، مطلوب ما پاسخ دادن به این پرسش است که آیا از دیدگاه فقها، اساساً امکان فسخ قرارداد به عنوان یک قاعده کلی در معاملات - صرف نظر از مقید بودن آن به الزام متعهد به اجرا- وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش ابتدا موارد امکان فسخ قرارداد در فقه را مورد بررسی قرار داده و سپس به تحلیل نظرات فقها در این زمینه می‌پردازیم.

موارد امکان فسخ قرارداد در فقه تحت عنوان اختیارات مطرح شده است، به این بیان که فقها با عنوان کردن مواردی به عنوان خیار فسخ، به یکی از طرفین قرارداد اختیار فسخ قرارداد را داده‌اند. در فقه نظریه عمومی در مورد امکان فسخ قرارداد بیان نشده است و تنها در موارد خاصی امکان فسخ برای یکی از طرفین در نظر گرفته شده و به طور موردی این موارد تعیین شده است.

آنچه پاسخ به سؤال مطرح شده را روشن می‌کند در واقع جستجو پیرامون این موضوع می‌باشد که آیا اختیارات مطرح شده در فقه تنها استثنائات وارد بر اصل لزوم می‌باشند و شارع تمام موارد را یک به یک بررسی کرده و به این نتیجه رسیده است که تنها در این موارد قرارداد قابل فسخ می‌باشد و هیچ مورد دیگری وجود نخواهد داشت یا خیر؟

در واقع پاسخ به این سؤالات روشن‌گر پاسخ به سؤال اصلی تحقیق می‌باشد. این تفکر که تمام مواردی که قرارداد قابل فسخ می‌باشد بررسی شده و تنها همین چند خیار مطرح شده قابل تصور می‌باشد و امکان ایجاد شرایط جدید با توجه به گسترش و پیچیده شدن روز افزون معاملات و روابط تجاری نمی‌باشد، تلقی درستی نیست. بسنده کردن به آنچه در کتب فقها تصریح شده و چشم پوشیدن از نیازهای جدید مطرح در روابط حقوقی منطقی به نظر نمی‌رسد. اختیارات امری تبعدی نیستند که لازم باشد در آنها از شارع تعبد محض نمود (سبزواری، ۱۴۲۳، ۲۲۷).<sup>۱</sup> اگر شرایط جدید نیاز به ایجاد حق فسخ در وضع جدیدی را که قبلاً مطرح نبوده اثبات کند چرا نباید امکان فسخ برای طرفین عقد ایجاد شود؟



<sup>۱</sup> «و لیس الخيارات من الامور التعبدی المحض حتی نحتاج الی اتعبد فیہ من الشارع».



هم چنین باید گفت فقها نیز در شمارش و محصور کردن خيارات اتفاق نظر ندارند. اینکه در تعداد خيارات مطرح شده بين فقها اختلاف نظر وجود دارد و بعضی از آنها پنج مورد (نجفی، بی تا: ۳) و عده‌ای دیگر حتی تا بیست مورد را ذکر کرده‌اند (بروجردی عده، ۱۳۸۱: ۷۰). دلیل محکم و روشنی است که امکان محصور کردن خيارات در تعداد و شمارش معینی نیست. بنابراین این امکان وجود دارد که در آینده تعداد خيارات به بیش از این موارد موجود برسد و ایرادی نخواهد بود اگر بتوان موردی را به عناوین موجود افزود. نکته دیگر این مطلب می‌باشد که در کتب فقهی برای اثبات خيارات با دو دسته از ادله روبرو می‌باشیم: ادله خاص و ادله عام. ادله خاص روایاتی هستند که مثلاً در مورد خيار مجلس، خيار حیوان، خيار تأخیر ثمن و مانند آن وارد شده است. مراد از ادله عام، ادله ایست که برای اثبات خيارات به طور کلی مطرح می‌شوند مانند نفی ضرر، «المومنون عند شروطهم» و مانند آن.

به نظر می‌رسد اگر بخواهیم برای اثبات خيار، تنها به دلایل خاص اکتفا کنیم؛ فسخ قرارداد تنها در موارد منصوص امکان‌پذیر خواهد بود و این درحالی است که گسترش روابط اقتصادی و تجاری در دنیای امروز و جلوگیری از ورود ضرر ناروا به طرفین قرارداد، نیازمند انعطاف‌پذیری بیشتری در قوانین و رویه قضایی می‌باشد. باید با بررسی دلایل خاص به مبانی عامی دست یافت که اساس و مبنای ایجاد حق فسخ را تشکیل دهد. به بیان بهتر برای اثبات خيار همواره دلیل خاص لازم نیست و ادله عام در این زمینه هر جا که مورد و مجرا داشته باشد جریان خواهد یافت و اثبات خيار خواهند نمود (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۳۹۵). وقتی خيارات مصرح با اتکا به این مبانی و ادله عام تحقق می‌یابند عدم جریان آن در سایر مواردی که همین مبانی عام موجود می‌باشد غیر قابل توجیه است. خيارات مصرح در فقه فارغ از اینکه دلیل خاصی داشته یا نداشته باشند بر همین مبانی عام مبتنی می‌باشند، به طوری که در مورد خيار غبن می‌توان گفت اکثر متقدمین آن را از اقسام خيارات ذکر نکرده‌اند، (عاملی، ۱۴۱۳: ۲۰۳). چرا که دلیل خاصی در این مورد وجود نداشته است. اجماع مطرح در این باره





نیز قطعی نمی‌باشد (سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۶۶).<sup>۱</sup> و روایتی هم که صریحاً درباره این خیار باشد موجود نمی‌باشد (انصاری، ۱۴۲۵: ۱۶۵). اما متأخرین با استناد به همین ادله عام مثل نفی ضرر و شرط ضمنی آن را در اقسام خیارات ذکر کرده‌اند.

لازم به ذکر است که التزامات معاملی بین افراد جامعه برای اهداف مشخصی می‌باشد. در معاملات دو تعهدی طرفی که در برابر دیگری متعهد می‌شود، با توجه به این امر است که طرف مقابل او نیز در برابر او متعهد شود و این کاملاً مطابق قاعده می‌باشد که در صورتی که طرف مقابل به تعهد خود عمل نکند طرف دیگر پای بند به تعهد خود نخواهد بود. یکی از فقهایمین مطلب را مورد بحث قرار داده و بیان نموده‌اند: «خیارات کاملاً منطبق با قاعده می‌باشد، به همین دلیل احتیاجی نیست که برای اثبات هر خیار به طور جداگانه دنبال دلیل خاص بگردیم. به نظر این فقیه اصل جعل خیارات بر مبنای عقل و عرف می‌باشد و اگر چه قانون‌گذار به طور خاص احکام و شرایط و اسبابی را برای تحقق اختیار فسخ مطرح کرده است که تبعیت از آن‌ها تعبدی است اما حق فسخی که در این موارد وجود دارد چیزی استثناء و خلاف قاعده نیست که به دلیل روایات و جعل شارع ایجاد شده باشد» (سبزواری، ۱۴۲۳: ۸۰).<sup>۲</sup>

در تایید همین دیدگاه می‌توان به استدلال صاحب جواهر نیز اشاره کرد: «هرگاه در عقد لازمی، یکی از طرفین عمل منافی با حقی انجام دهد که طرف دیگر توسط عقد مزبور کسب کرده، شارع بر اساس قاعده «لاضرر و لا ضرار» برای طرف دیگر حق فسخ مقرر کرده است و عقد از جهت او جایز شده تا بدین وسیله ضرر او دفع شود» (نجفی، بی تا: ۸۰).<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> «و يظهر من التذکره عدم الخلاف فيه و لو لم یثبت الاجماع کما هو الظاهر کان للتامل مجال».

<sup>۲</sup> «فجميع الخيارات المذكورة في كتب الفقهاء مطابق للقاعدة، لا ان تكون مخالفا حتى تحتاج الى التماس دليل لكل واحد منها بلخصوص... وبالجملة ان اللخيارات حقوق اعتبرها العرف في العقلا عند عروض اسباب خاصة و ليس في اصلها تعبد شرعی»

<sup>۳</sup> «بل ظاهرهم، انه متى حصل من احد المتعاقدين بعقد لازم ما ینافی استحقاق الاخر علیه من حیث اللزوم، شرع له الشارع الفسخ و كان العقد فی حقه جایزا، دفعا للضرر بذلك، لقاعده لا ضرر و لا ضرار».





بعد از روشن شدن این مطلب که در صورت امتناع یکی از طرفین از اجرای تعهد خود امکان فسخ قرارداد علی رغم تصریح قانون‌گذار وجود دارد به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا این حق فسخ مشروط و مقید به عدم امکان الزام متعهد به انجام تعهد است یا خیر؟

با بررسی کتب فقهی در این زمینه می‌توان بیان کرد طبق عقیده‌ی عده‌ای از فقها از جمله شیخ انصاری امکان فسخ قرارداد مشروط و مقید به عدم امکان الزام متعهد به اجرا می‌باشد. ایشان هنگام بحث از این موضوع که با تخلف شرط آیا با امکان اجبار مشروط علیه می‌توان قرارداد را فسخ کرد یا ابتدا باید مشروط علیه را اجبار نمود و در صورت به نتیجه نرسیدن معامله را فسخ کرد، بیان می‌دارد که علت و مبنای اصلی ایجاد این خیار رفع ضرر از مشروط له است. بنابراین ابتدا باید مشروط علیه را به انجام شرط اجبار کرد و اگر از این طریق شرط حاصل شد دیگر نمی‌توان عقد را فسخ کرد، چون مبنای آن که دفع ضرر از مشروط له می‌باشد از بین می‌رود. اما اگر اجبار مشروط علیه هم فایده‌ای نداشت، مشروط له برای دفع ضرر ناروایی که از این طریق بر او تحمیل می‌شود می‌تواند قرارداد را فسخ کند (انصاری، ۱۴۲۵: ۷۰).<sup>۱</sup>

اما این دیدگاه مورد اتفاق فقهای امامیه نمی‌باشد و مخالفینی دارد. یکی از بزرگترین فقهای بعد از شیخ انصاری این مطلب را مورد اشاره قرار داده و مطرح کرده است که امکان فسخ مترتب بر عدم امکان الزام متعهد نمی‌باشد و این دو حق در عرض یکدیگرند. با این توضیح که به عقیده این فقیه در مورد امکان فسخ قرارداد در این مورد نیز مانند سایر خیارات مصرح در فقه باید ابتدا حکم به فسخ داد. چرا که آنچه مورد نفی می‌باشد و مطابق حدیث نفی ضرر حکم به رفع آن می‌شود خود حکم ضرری است نه حکم ضرری که رفعش به طریق دیگر غیر از فسخ ممکن نیست. آنچه به اقتضای قاعده نفی ضرر باید دفع شود ضرر است نه ضرر غیر متدارک. در واقع در اینجا حکم ضرری که عبارت است از لزوم قرارداد به موجب قاعده نفی ضرر برداشته می‌شود و اقتضای آن ایجاد حق فسخ برای متضرر می‌باشد،



<sup>۱</sup> «ان الخیلة شرع بعد تعذرا لاجبار دفعا لضرره».

بدون اینکه مقید و مشروط به هیچ امر دیگری باشد. در واقع ایشان استدلال فقهای را که حق فسخ را مشروط به عدم امکان الزام نموده‌اند مردود اعلام می‌نماید و معتقد است اجبار مشروط علیه در عرض فسخ قرار می‌گیرد نه در طول آن، به این معنا که ابتدا مشروط علیه را اجبار کنیم اگر نتیجه حاصل نشد حق فسخ ایجاد شود (اصفهانى، ۱۴۱۸: ۱۹۳).

از دیگر فقهای که بر این عقیده‌اند امام خمینی (ره) می‌باشد که ایشان نیز معتقد است شرط کردن در معاملات و نیز خیار تخلف از آن امری عقلایی در همه جا و همیشه است و در صورت تخلف از شروط عقلایی دو امر متحقق می‌شود: یکی حق الزام به اجرا و دیگری حق فسخ قرارداد، بدون آن که دومی مترتب بر اولی باشد (موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۱۴۴).

حاصل آن که باید گفت فقهای دسته اول معتقدند که آنچه در این مورد باعث ضرر می‌باشد حکم لزوم عقد نیست، آن چنان که به عنوان مثال در خیار غبن می‌باشد بلکه آنچه باعث ایجاد ضرر می‌باشد امتناع متعهد است. در صورت سرپیچی مکلف از انجام تعهد، می‌توان او را بر انجام آن مجبور نمود. به این ترتیب مجرد امتناع متعهد از انجام تعهد به معنای از بین رفتن تعهد نیست تا بتوان حق فسخ به متعهد له داد. در مقابل فقهای دسته دوم بر این عقیده‌اند که این استدلال مردود است و آنچه موجب ضرر می‌باشد حکم ضرری است که همان لزوم قرارداد می‌باشد که به موجب حق فسخ باید رفع گردد.

به نظر می‌رسد که استدلال فقهای اخیرالذکر منطقی و مبتنی بر مبانی حاکم بر فسخ قراردادها می‌باشد، ضمن آن که استدلال فقهای دسته اول به اینکه دلیل خیارات نفی ضرر می‌باشد و این امر در صورتی محقق است که متعهد له نتواند متعهد را اجبار کند و ضرر در این مرحله واقع می‌شود جای تردید است چرا که اگر خود این تمهید یعنی توسل به هر طریقی که امکان اجرای قرارداد را فراهم کند باعث ایجاد ضرر ناروا به متعهد له شود؛ باید گفت می‌توان به «قاعده لاضرر» استناد نمود و عقد را فسخ کرد، در حالی که ایشان با پذیرش این مبنا (لاضرر) ملتزم به نتایج و آثار آن نمی‌باشند.





## نتیجه‌گیری

در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه بطور کلی سه شیوه و ضمانت اجرا برای جبران خسارت ناشی از تخلف متعهد از انجام تعهد پیش بینی شده است: اول الزام به اجرای عین تعهد دوم مطالبه خسارت و سوم فسخ قرار داد. در حقوق فرانسه بر اساس شرط مستتر در قرار داد در عرض امکان الزام متعهد به انجام تعهد فسخ قرار داد ممکن است در کامن لا راه حل اصلی فسخ است به استثنا موارد خاص که الزام به اجرای عین تعهد حسب تشخیص دادگاه انجام می‌گیرد. در حقوق ایران قاعده و اصل در این خصوص الزام متعهد به اجرای عین تعهد است مگر آنکه تعهد حالت وحدت مطلوب داشته باشد که در این وضعیت راهی جز فسخ قرار داد و اخذ خسارت نیست. راهکار دوم در صورت عدم امکان اجبار و امکان انجام تعهد توسط شخص ثالث اجرای تعهد بوسیله ثالث با هزینه متعهد است مشروط بر آنکه تعهد قائم به شخص نباشد و در نهایت اگر اجرای دو راه حل فوق میسر نباشد فسخ قرار داد و بالتبع درخواست جبران خسارت. با توجه به اصل لزوم قرار دادها و مقصود مشترک طرفین در نیل به نتایج قرار داد و وجود انگیزه‌های مختلف از عدم اجرا تعهد که یکی از این انگیزه‌ها میتواند عدم تمایل متعهد به اجرا باشد راه حل نظام حقوقی فرانسه بصورت کلی در حقوق ایران قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد لیکن در صورتی که شرط صریح یا ضمنی مبنی بر انحلال عقد در صورت عدم اجرا تعهد از جانب یکی از طرفین عقد وجود داشته باشد پذیرش راه حل مزبور بلا مانع به نظر می‌رسد و اصول کلی قرار دادها و شروط انرا تایید میکند. مطالبه خسارت هم به عنوان اصل خاص نظام کامن لا است. در صورتی که امکان الزام متعهد یا انجام توسط ثالث نباشد یا اصرار بر الزام به اجرا عین تعهد توأم با مشقت برای متعهد له بوده یا اصرار بر اجرا غیر معقول باشد مثل حالتی که متعهد اعلام کند که بنای بر اجرا ندارد و یا... به استناد قاعده لا ضرر برای دفع ضرر از متعهد له باید امکان فسخ را برای او قایل شد نتیجه آن که می‌توان گفت در مواردی که امکان استناد به خیارات قانونی در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد منتفی باشد و امکان اجرای تعهد توسط متعهد و شخص ثالث منتفی باشد، و اجرای تعهد توأم با مشکلات و صرف هزینه‌های فراوان باشد. فسخ عقد این امکان را در اختیار متعهد له قرار می‌دهد تا خود را از تحمل ضرر ناروا رهایی دهد بدون آن





که لازم باشد قبل از فسخ عقد، تقاضای اجبار متعهد را به اجرای تعهد بخواهد. به عبارت دیگر با پذیرش این دیدگاه متعهد له در فسخ عقد یا تقاضای اجبار متعهد مختار است.

## منابع

۱. اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه بر مکاسب، قم، انوار الهدی، چ ۱، ج ۵.
۲. امامی، سیدحسن ۱۳۶۳ش، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چ ۳، ج ۱.
۳. امینی، منصور؛ مافی، همایون؛ اعظمی چهار برج، حسین، ۱۳۹۰ش، بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، ش ۱.
۴. انصاری، مرتضی، ۱۴۲۵ق، مکاسب، قم، مجمع الفکر اسلامی، چ ۶، ج ۵ و ۶.
۵. بروجرودی عبده، محمد ۱۳۸۱ش، کلیات حقوق اسلامی، تهران، انتشارات رهام، چ ۱.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر ۱۳۵۴ش، حقوق تعهدات، قم، انتشارات آموزش عالی امور قضایی و دارایی، چ ۱، ج ۱.
۷. حسینی مراغی، عبدالفتاح، ۱۴۱۸ق، عناوین، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ج ۲.
۸. رفیعی، محمدتقی، ۱۳۸۶ش، تعدیل قرارداد با مطالعه تطبیقی، مجموعه مقالات حقوق مدنی تطبیقی، به قلم: گروهی از مؤلفان، تهران، انتشارات سمت، چ ۱.
۹. سبزواری، عبدالاعلی ۱۴۱۶ق، مهذب الاحکام، قم، دفتر آیت‌الله العظمی سبزواری، چ ۴، ج ۱۷.
۱۰. سبزواری، محمدباقر ۱۴۲۳ق، کفایه الفقه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ج ۱.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق ۱۳۸۸ش، دوره متون تعهدات؛ اوصاف تعهد، ترجمه: دادمرزی و دانش کیا، قم، انتشارات دانشگاه قم، چ ۱، ج ۳.
۱۲. سنهوری، عبدالرزاق، بی‌تا، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دارالحیاء التراث العربی، چ ۱، ج ۶.
۱۳. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۶ش، سقوط تعهدات، تهران، نشر مجد، چ ۸.
۱۴. شهیدی، مهدی، ۱۳۹۳ش، آثار قرارداد، تهران، نشر مجد، چ ۶، ج ۳.
۱۵. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۷۸ش، فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، ش ۱.





۱۶. صادقی نشاط، امیر، ۱۳۸۸ش، حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام در حقوق ایران، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴.
۱۷. صفایی، سیدحسین و دیگران، ۱۳۸۷ش، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲.
۱۸. عاملی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام، قم، مؤسسه معارف الاسلامیه، چ ۱، ج ۳.
۱۹. عدل، مصطفی، ۱۳۴۲ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چ ۷.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۲ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بهنشر، چ ۲، ج ۱.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چ ۲، ج ۳ و ۵.
۲۲. موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۶۳ق، کتاب البیع، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۵.
۲۳. نجفی، محمدحسن، بی تا، جواهر الکلام، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چ ۷، ج ۲۳.

24. Cheshire, Fifoots & Furnston (2007), Law of contract, London, 15<sup>th</sup> edition.
25. Clive M. Schmittoff & David A.G.Sarre (1984), Charlesworths Mercantile Law, , London, Steven & Sons, 14<sup>th</sup> edition.
26. Honnold, John (1991), Uniform Law of International Sale Under The 1980 United Nations Convention, Boston ,3<sup>rd</sup> edition.
27. Lando-ole and beal Nugh(1999), Priaciplus of curopuas Contract Law Kluwor Law Inuwnational.
28. Jacques Ghestin(1980) Droit Civil .T2.2th edition.
29. Henri et Leon .Jean Mazeaud(1998) Droit Civil.Obligations. T2.9<sup>th</sup> Edition

