

Effect of Violating the Contractual Obligations in Emergence of the Avoidance: A Comparative Study of Iranian Law and Some Islamic and Western Legal Systems

Ali Khairi Jebur¹

Sayyed Mohammad Mahdi Qabuli Dorafshan²

Azam Ansari³

Received: 13/09/2018; Accepted: 10/12/2018

Abstract

There is a question regarding violating contractual obligations: whether the avoidance of the contract is acceptable as a remedy? And if the answer is positive, does the court play a role in applying the avoidance or promisee can abolish it by himself? Also is judicial enforcement to specific performance the prerequisite of the avoidance or both of them are in the same level? This research, through a descriptive-analytic and also comparative method, has studied this issue in Iranian and Iraqi law (as two members of Islamic legal system) and the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and French Law (as examples of the western legal system) as well. The studies demonstrate that the possibility of avoidance is accepted in all of these legal regimes, however, there are some differences in the scope of avoidance and interference of the court in it and also horizontal or vertical relation of the abolition with enforcing the promisor to specific performance. In Iranian law, in principle, judicial enforcement of the promisor to specific performance is the prerequisite of the emergence of avoidance while in Iraqi law, the Convention and French law enforcing to specific performance and the avoidance are in the same level. In Iraqi law avoidance is performed through the intervention of the court but in the Convention, French law and Iranian law avoidance is possible unilaterally and without recourse to the court; nevertheless there are some differences among these legal systems in details.

Keywords: Islamic Law, Law of the West, Judicial Enforcing to Obligation, Court Intervention in Avoidance, Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Breach of Contractual Obligations.

1 . MA in Private Law, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Ferdowsi University of Mashhad.

2 . Associate Professor, Department of Law, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author); Email: ghaboli@um.ac.ir

3 . Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Ferdowsi University of Mashhad



تاثیر تخلف از انجام تعهدات قراردادی در پیدایش حق فسخ (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و برخی نظام های حقوقی اسلامی و

غربی)

تاریخ دریافت ۹۷/۰۶/۲۲ - تاریخ پذیرش ۹۷/۰۹/۲۷

علی خیری جبر^۱

سید محمد مهدی قبولی درافشان^۲

اعظم انصاری^۳

چکیده

در خصوص نقض تعهدات قراردادی این سؤال مطرح است که آیا فسخ قرارداد به عنوان ضمانت اجرای نقض یادشده مورد پذیرش است یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا دادگاه نقشی در اعمال فسخ دارد یا اینکه فسخ با اراده خود متعهدله انجام می شود؟ به علاوه آیا الزام قضایی متعهد به انجام تعهد، پیش نیاز فسخ است یا اینکه آن دو هم عرض یکدیگر می باشند؟ این پژوهش با روشی توصیفی-تحلیلی و تطبیقی، این مسئله را در حقوق ایران و نظام حقوقی عراق (به عنوان دو عضو خانواده کشورهای اسلامی) و نیز کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و حقوق فرانسه (به عنوان نمونه هایی از نظام های حقوقی غربی) مطالعه نموده است. بررسی ها نشان می دهد که امکان فسخ در همه این نظام ها پذیرفته شده ولی در مورد قلمرو فسخ و دخالت دادگاه در آن و نیز رابطه طولی و عرضی فسخ با الزام متعهد به اجرای عین تعهد اختلاف است. در حقوق ایران اصولاً پیش نیاز پیدایش حق فسخ، الزام قضایی متعهد به انجام تعهد می باشد در حالی که در حقوق عراق، کنوانسیون و حقوق فرانسه الزام قضایی متعهد به انجام تعهد و فسخ، دو ضمانت اجرا در عرض یکدیگر هستند. در حقوق عراق، فسخ با دخالت دادگاه اعمال می شود ولی در کنوانسیون، حقوق فرانسه و حقوق ایران، امکان فسخ با اراده یکجانبه و بدون مراجعه به دادگاه وجود دارد هر چند در جزئیات با یکدیگر تفاوت هایی دارند.

واژگان کلیدی: حقوق اسلامی، حقوق غربی، الزام قضایی اجرای تعهد، دخالت دادگاه در فسخ، کنوانسیون بیع بین المللی کالا، نقض تعهدات قراردادی.

۱ دانش آموخته‌ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد.

۲ دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: ghaboli@um.ac.ir

۳ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد.





مقدمه

قرارداد از مهمترین ابزارهای حقوقی پیدایش تعهدات در روابط میان اشخاص است. در این راستا یکی از اصول مسلمی که از نظر اخلاقی و حقوقی مطرح است لزوم پای بندی به تعهدات است. در عین حال گاهی برخی از اشخاص تعهدات قراردادی خویش را نقض می نمایند و آن را به طور کلی یا جزئی اجرا نمی نمایند. حال این سؤال مطرح می شود که آیا چنین تخلفی می تواند حق فسخ قرارداد را برای متعهدله به دنبال داشته باشد؟ پاسخگویی به این سؤال از این جهت اهمیت دارد که اصل بر لزوم و استحکام قراردادها است و امکان فسخ قرارداد مسئله ای خلاف اصل است. این پژوهش درصدد است پیدایش فسخ قرارداد در اثر نقض تعهدات قراردادی را در حقوق ایران و عراق و نیز کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و حقوق فرانسه بررسی نموده و وجوه تشابه و تفاوت این نظام های حقوقی را بررسی نماید. انتخاب حقوق ایران و عراق از این جهت صورت گرفته که هر دو در زمره کشورهای اسلامی و همسایه هستند. بررسی کنوانسیون نیز بدین جهت مهم است که سندی بین المللی است که بسیاری از کشورها آن را پذیرفته اند و به نوعی نتیجه مطالعه تطبیقی نظام های بزرگ حقوقی در غرب (نظام رومی ژرمنی و کامن لا) است. عراق نیز به کنوانسیون مزبور پیوسته است و بدیهی است که دادگاههای عراق مقررات این کنوانسیون را در بسیاری از قراردادهای بیع بین الملل به عنوان قانون حاکم بر قرارداد اعمال می نمایند. گرچه ایران هنوز به کنوانسیون بیع بین الملل ملحق نگردیده است اما تصور اختلافاتی که مطابق قواعد حل تعارض ایرانی، قانون حاکم بر قرارداد، مقررات کنوانسیون مذکور بوده و قضات دادگاههای ایران ملزم به اعمال مقررات آن می باشند دور از ذهن نیست. البته حقوق فرانسه نیز به عنوان یکی از نظام های حقوقی تأثیر گذار که مقررات آن در زمینه فسخ قرارداد در سال ۲۰۱۶ دستخوش





اصلاحاتی قرار گرفته است موضوع مطالعه تطبیقی این نوشتار خواهد بود. خصوصاً اینکه در زمینه حقوق فرانسه پس از اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی این کشور پژوهشی به زبان فارسی که تغییرات قانون مدنی فرانسه در زمینه فسخ قرارداد را مطالعه نموده باشد ملاحظه نگردید. در این پژوهش در موارد ضروری به سایر نظامها مانند آلمان، انگلیس و ایالات متحده آمریکا نیز برای تبیین بیشتر دیدگاه حقوق غرب اشاره خواهد شد. برای بررسی ضمانت اجرای فسخ در فرض نقض تعهدات قراردادی ابتدا شایسته است، این مسئله مورد مطالعه تطبیقی قرار گیرد که نقض تعهدات موجب شناسایی حق فسخ برای خود متعهدله است یا امکان مطالبه فسخ از دادگاه را برای وی فراهم می‌نماید. سپس باید دید آیا بر فرض پذیرش حق فسخ یا مطالبه فسخ از دادگاه، نوع تخلف و نقض قرارداد در این ارتباط مؤثر است و آیا میان الزام به انجام تعهد و فسخ قرارداد رابطه طولی وجود دارد یا این دو در عرض یکدیگرند.

۱. پیدایش حق فسخ یا امکان مطالبه فسخ و نقش دادگاه در اعمال فسخ

در این قسمت ابتدا به بررسی امکان فسخ در فرض نقض تعهدات قراردادی و نقش دادگاه در آن پرداخته و سپس از لزوم یا عدم لزوم اخطار فسخ در فسخ غیر قضایی سخن گفته خواهد شد.

۱-۱. امکان فسخ و نقش دادگاه

در حقوق عراق، نقض تعهد قراردادی می‌تواند موجب پیدایش حق مطالبه فسخ از دادگاه گردد. در مورد مستند قانونی فسخ در حالت نقض تعهدات قراردادی، بند نخست ماده (۱۷۷) قانون مدنی عراق مقرر داشته است: «در عقود دو تعهدی، اگر یکی از طرفین قرارداد به تعهد قراردادی خود وفا ننماید، طرف دیگر قرارداد پس از مطالبه انجام تعهد می‌تواند درخواست فسخ و در صورت وجود مقتضی همراه با فسخ مطالبه جبران خسارت نماید. دادگاه می‌تواند به متعهد مهلتی اعطاء نماید کما اینکه در صورتی که میزان نقض تعهد، نسبت به کل تعهد اندک باشد، دادگاه می‌تواند درخواست فسخ را ردّ نماید». به اعتقاد برخی نویسندگان حقوقی عراق (المیاحی، ۲۰۱۵: ۲۹) این ماده می‌تواند بیانگر





شاکیه اساسی نظام فسخ در حقوق عراق باشد. در هر حال در توجیه اینکه چرا فسخ باید از دادگاه مطالبه شود، این توجیه مطرح شده که فسخ به عنوان ضمانت اجرا و مجازات نقض تعهد یکی از طرفین است و قاعده در اعمال مجازات این است که فقط قاضی می‌تواند آن را اعمال نماید. البته قاضی نمی‌تواند رأساً اقدام به فسخ قرارداد نماید بلکه هنگامی می‌تواند اقدام به آن نماید که تقاضای فسخ به شکل اقامه دعوی فسخ صورت گرفته باشد. البته قاضی در این راستا ملزم به بررسی شرایطی است و در صورت وجود شرایط نیز قدرت ارزیابی وسیعی دارد (عجیل، ۲۰۱۳: ۸۲).

با توجه به مطالب فوق نوعی سازگاری میان حقوق عراق و حقوق فرانسه قبل از اصلاحات سال ۲۰۱۶ مشاهده می‌شود زیرا در حقوق فرانسه نیز قبل از اصلاحات یادشده، اصل بر فسخ قضایی بوده است (cf. Larroumet, 2007: 807-815) و به نظر می‌رسد حقوق عراق تحت تأثیر حقوق فرانسه بوده است. در هر حال این رویکرد از انتقاد مصون نمانده و به گفته ی برخی حقوقدانان فرانسه (Larroumet, 2007:810)، فسخ به اراده متعهدله با اقتضائات و ضرورت‌های تجاری سازگارتر است.

آنچه گفته شد، قاعده ی عمومی در مورد فسخ در حقوق عراق است و این قاعده استثنائاتی دارد. در این زمینه برخی (عجیل، ۲۰۱۳: ۸۲) بند دوم ماده (۵۸۱) قانون مدنی عراق را محدودکننده اختیار قاضی در تصمیم‌گیری در خصوص فسخ قرارداد دانسته‌اند. به موجب این تبصره در مواردی که مشتری، ثمن را پرداخت ننموده یا یکی دیگر از تعهدات خود را نقض نموده است «... هرگاه بایع درخواست فسخ قرارداد نماید و با این تهدید روبرو باشد که میباید و ثمن را از دست دهد حکم به فسخ به صورت فوری متعین است...». بنابراین با توجه به این ماده، در این مورد قاضی باید فوراً حکم به فسخ قرارداد نماید و نمی‌تواند درخواست فسخ قرارداد را رد نماید.

حال باید دید آیا کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰ امکان فسخ قرارداد را در فرض نقض تعهدات قراردادی پذیرفته است؟ در پاسخ باید گفت، در خصوص موادی که در کنوانسیون به موارد فسخ اشاره نموده است می‌توان به ویژه به مواد (۴۹) و (۶۴) کنوانسیون اشاره نمود. ماده (۴۹) حق فسخ را برای مشتری در فرض نقض تعهد توسط بایع و ماده





(۶۴) همین حق را در مورد نقض تعهد توسط مشتری برای بایع پذیرفته است. در بند نخست هر دو ماده در وهله اول نقض اساسی از موجبات فسخ دانسته شده و در وهله دوم در مواردی که نقض اساسی نباشد و مهلتی اضافی به متعهد برای اجرای تعهد داده شود و وی اقدام به اجرای تعهد ننماید، حق فسخ پذیرفته شده است. به موجب ماده (۴۹) کنوانسیون «ا». در موارد زیر مشتری می تواند قرارداد را فسخ نماید: الف. در صورتیکه عدم ایفای هر یک از تعهدات بایع بموجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ یا ب. در صورت عدم تسلیم کالا هرگاه بایع ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده (۴۷) توسط مشتری تعیین شده است کالا را تسلیم ننماید یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور، کالا را تسلیم نخواهد کرد...»^۱ به موجب ماده (۶۴) کنوانسیون نیز «ا. در موارد زیر بایع می تواند قرارداد را فسخ نماید: الف. در صورتیکه عدم ایفای هر یک از تعهدات مشتری بموجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ یا ب. هرگاه مشتری ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده (۶۳) توسط بایع تعیین شده است تعهدات خود را در زمینه تأدیه ثمن یا قبض کالا ایفا نکند یا اعلام نماید که ظرف مدت مزبور، ایفای تعهد نخواهد کرد...»^۲ در ماده (۷۲) نیز که هم در مورد مشتری و هم در مورد بایع قابل اجرا است، آمده است: «ا. هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد طرف دیگر می تواند قرارداد را فسخ نماید...». بنابراین کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ در عین اینکه فسخ قرارداد بیع را به عنوان یکی از ضمانت اجراهای نقض تعهدات بایع و مشتری پذیرفته است، شرایط

۱ گفتنی است در ترجمه مواد کنوانسیون از ترجمه ارائه شده در شماره ۹ مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی دوره دهم (دفتر خدمات حقوقی، ۱۳۶۷: ۲۳۵-۳۱۳)، استفاده شده است لیکن بر اساس متون رسمی کنوانسیون از جمله متن عربی آن در ترجمه یادشده دخل و تصرفاتی گردیده و تصحیح گردیده است. از جمله در ترجمه یادشده، از فسخ قرارداد با عنوان بطلان یادشده که با توجه به اینکه در متون رسمی چنین عبارتی وجود ندارد، تعبیر بطلان تصحیح شده و به فسخ تغییر داده شد. به عنوان متن عربی ماده ۴۹ کنوانسیون که توسط آنستیرال منتشر شده است، آمده است: «۱. يجوز للمشتري فسخ العقد: (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ۲۰۱۱: ۱۵) در حالی که در ترجمه یادشده آمده است: «در موارد زیر مشتری می توان قرارداد را باطل اعلام نماید...» (دفتر خدمات حقوقی، ۱۳۶۷: ۲۷۱).





ویژه و سنگینی، برای پیدایش آن پیش‌بینی نموده است که قلمرو آن را محدود می‌نماید (Magnus, 2005: 424). در هر حال بر خلاف حقوق عراق، فسخ مورد نظر کنوانسیون، فسخ قضایی نیست و با اراده متعهدله صورت می‌گیرد. در این ارتباط نه تنها در خود کنوانسیون هیچ اشاره‌ای به لزوم مراجعه به دادگاه برای اعمال حق فسخ نشده و صرفاً در ماده (۲۶) از اعلام فسخ به طرف مقابل سخن گفته است، بلکه برخی از مفسرین کنوانسیون (هانولد، ۱۳۹۴: ۳۶۶) نیز تصریح نموده‌اند که متعهدله زیان دیده برای رهایی از تعهد قراردادی نیازی به مراجعه به دادگاه ندارد. همانگونه که برخی (شفیق، ۱۹۸۸: ۱۸۲) بیان داشته‌اند عدم لزوم دخالت قضائی مبتنی بر مصالح تجارت بین‌المللی است چرا که از اقتضائات تجارت بین‌الملل سرعت در روابط تجاری است و قواعد حاکم بر تجارت باید تأمین‌کننده این اقتضائات باشد. در واقع مراجعه به دادگاه و تحصیل حکم از دادگاه نیازمند زمان طولانی است که کالاها را در معرض تلف و خسارت قرار می‌دهد.

در حقوق فرانسه قبل از اصلاحات سال ۲۰۱۶ قانون مدنی این کشور، فسخ قرارداد باید از دادگاه تقاضا می‌شد و دادگاه می‌توانست بر حسب اوضاع و احوال برای اجرای تعهد به متعهد مهلتی بدهد (Bénabent, 1995: 195-197; weill et Terré, 1980, p. 549; وایت تیکر، ۱۳۸۵: ۱۲۴-۱۲۵). در حالی که به گفته برخی (Larroumet, 2007: 810; Malaurie et Aynès, 1995: 419-420) در حقوق کشورهای چون آلمان، سوئیس و ایتالیا که از خانواده رومی ژرمنی هستند، فسخ قرارداد نیازمند دخالت دادگاه نبود و این مسئله با ضرورت‌های تجاری بسیار منطبق‌تر بود. با اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه، در ماده (۱۲۲۶) جدید این قانون، امکان فسخ قرارداد بدون نیاز به مراجعه به دادگاه پیش‌بینی شده است و چنانچه متعهد در این خصوص اعتراضی داشته باشد می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید البته در این حالت متعهدله باید شدید بودن نقض تعهد را به اثبات رساند. طبیعتاً با این رویکرد حقوق فرانسه با کنوانسیون قرابت بیشتری یافته است. در مقام تبیین نوآوری ماده (۱۲۲۶) مذکور، گفته شده، این ماده مکانیسمی را که قانون مدنی فاقد آن بوده و در رویه قضایی و طرح‌های هماهنگ‌سازی اروپایی وجود داشته است، وارد قانون مدنی فرانسه نموده است (Terré, 2016: 54). مسئله مهم در





مورد قانون جدید فرانسه این است که دیگر فسخ یکجانبه استثنائی بر فسخ قضائی نیست و دیگر نمی توان گفت، فسخ به خاطر نقض تعهدات قرارداد فقط فسخ قضائی است، هر چند امکان مطالبه فسخ از دادگاه نیز بر اساس ماده (۱۲۲۷) جدید قانون مدنی فرانسه پیش بینی شده است. به اعتقاد برخی (Doka Boura, 2017:29) قانونگذار فرانسه در اصلاحات جدید به تقویت اراده طرفین پرداخته است که یکی از مظاهر آن همین اختیار فسخ یکجانبه است. در هر حال این نوآوری از منظر کارآمدی اقتصادی حقوق قابل تحلیل بوده و بر پایه این اندیشه استوار است که متعهدله (قربانی نقض قرارداد) به جای اینکه در انتظار روند دادرسی به سر برد و هزینه های مراجعه به دادگاه را بر دوش کشد، بتواند فوراً یا در مهلتی معقول قرارداد جدیدی با شخص ثالث منعقد نماید.

در مورد حقوق ایران باید گفت، هر چند به تبع فقه امامیه، اصل بر لزوم قرارداد است و حق فسخ قرارداد مسئله استثنائی است لیکن نقض تعهدات قراردادی اعم از تعهدات ناشی از قرارداد اصلی یا شروط ضمن عقد، می تواند با شرایطی حق فسخ را پدید آورد که در این ارتباط می توان به مواد متعددی در قانون مدنی (از جمله مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹، ۴۷۶، ۴۸۷، ۴۹۲ و ۴۹۶ قانون مدنی)، استناد جست لیکن اصولاً فسخ قرارداد با اراده ذی نفع حق فسخ صورت می گیرد و بر خلاف حقوق عراق، اصولاً دادگاه نقشی در اعمال حق فسخ ندارد (رک. کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۷۰-۶۹؛ شیروی، ۱۳۹۶: ۲۹۳؛ قاسم زاده و همکاران، ۱۳۸۴: ۱۶۶). فقیهان امامیه (به عنوان نمونه رک. شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۵۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۶۲-۷۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۱۹-۲۲۶؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۷۴) نیز هر چند در صورت نقض تعهدات قراردادی در خصوص جزئیات مربوط به پیدایش حق فسخ با یکدیگر اختلافهایی دارند لیکن اعمال فسخ را با دارنده حق فسخ می دانند. در هر حال از این جهت حقوق ایران با کنوانسیون و مقررات جدید فرانسه مقاربت دارد. گفتنی است، مطالب فوق بدین معنا نیست که در حقوق ایران دخالت دادگاه و فسخ قضائی در موارد نقض تعهدات قراردادی به هیچ وجه مطرح نیست بلکه فسخ قضائی در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ که بر بخشی از قراردادهای اجاره حکمفرما است، به چشم می خورد. در این قانون فسخ اجاره و تخلیه از دادگاه درخواست می شود و در نهایت این





دادگاه است که حکم به فسخ قرارداد اجاره می‌دهد. از این جهت می‌توان این نوع فسخ را مشابه فسخ قضائی در حقوق عراق است. در مواد (۱۲) تا (۱۴) قانون در روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ به صراحت از درخواست صدور حکم فسخ اجاره یا تخلیه از دادگاه سخن گفته است. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، تحت تأثیر حقوق غربی تنظیم شده است، از قواعد قانون مدنی که عموماً برگرفته از فقه امامی بوده، فاصله گرفته و از فسخ قضائی سخن گفته است. این رویکرد قانونگذار مورد انتقاد قرار گرفته و برخی (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۰۷) آن را با توجه به زیانی که برای موجر به دنبال دارد، بدعتی دانسته‌اند که با اصول حقوق ایران متعارض است. به همین جهت در قوانین روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ و ۱۳۷۶ فسخ قضائی مشاهده نمی‌شود. در هر حال از مصادیق دیگری که فسخ قرارداد نیازمند حکم قضایی است، فسخ قرارداد ارفاقی به سبب تخلف تاجر ورشکسته نسبت به اجرای شرایط قرارداد است چرا که همانگونه که برخی (شیروی، ۱۳۹۶: ۲۹۳) بیان داشته‌اند به استناد ماده (۴۹۴) قانون تجارت فسخ قرارداد در این حالت نیازمند اقامه دعوی است.

۱-۲. لزوم یا عدم لزوم اخطار فسخ در فسخ غیرقضائی

در صورت پذیرش حق فسخ برای متعهدله، سؤال این است که آیا اعمال فسخ نیازمند شیوه خاصی است یا خیر؟

از نظر کنوانسیون، هرچند فسخ با اراده یکجانبه متعهدله صورت می‌گیرد لیکن بر اساس ماده (۲۶) کنوانسیون نفوذ فسخ نیازمند اخطار به متعهد ظرف مدتی معقول است (الجارحی، ۱۹۸۸: ۱۲۱). برخی (الجارحی، ۱۹۸۸: ۱۲۱) ادعا نموده‌اند، کنوانسیون درخصوص شیوه اعمال فسخ از حقوق آلمان پیروی نموده است. البته به اعتقاد برخی از مفسرین کنوانسیون (اشلختریم، ۱۳۹۶: ۹۰) هرچند این که یک طرف بتواند با اعلامیه فسخ، مبادرت به فسخ قرارداد نماید در حقوق آلمان امری شناخته شده است لیکن تفاوت کنوانسیون با حقوق آلمان در این است که مطابق کنوانسیون برای اثرگذاری فسخ، ارسال اخطار فسخ با وسایل متناسب کافی است حال آنکه در حقوق آلمان وصول اخطار فسخ به طرف مقابل منشأ تأثیر فسخ است.





در حقوق فرانسه نیز ماده (۱۲۲۶) قانون مدنی فرانسه از ضرورت اخطار فسخ سخن گفته است. به اعتقاد برخی (Doka Boura, 2017: 29) برای حمایت از متعهد و ساماندهی فسخ یکجانبه، اخطار فسخ به متعهد لازم است و حتی متعهدله باید دلایل خویش برای فسخ قرارداد را در اخطار فسخ بیان دارد. برخی (Do Carmo Silva, 2016: 23) ضمانت اجرای عدم ذکر دلایل فسخ در اخطار فسخ را مسئولیت عامل فسخ نسبت به جبران خسارتهای طرف دیگر دانسته‌اند. گفتنی است در صورتیکه متعهد راه فسخ یکجانبه قرارداد موضوع ماده (۱۲۲۶) قانون مدنی فرانسه را بر گزیند، اثر فسخ از زمان وصول اخطار فسخ به متعهد خواهد بود که از این جهت حقوق فرانسه با کنوانسیون متفاوت است و چنانچه از طریق دادگاه مطالبه فسخ نماید، فسخ از تاریخی صورت می‌گیرد که دادگاه تعیین می‌نماید و در صورت عدم تعیین تاریخ توسط دادگاه، روز حکم ملاک عمل خواهد بود (رک. ماده ۱۲۲۹ جدید قانون مدنی فرانسه).

در حقوق ایران مطابق قاعده عمومی اجرای حق فسخ تشریفات ویژه‌ای ندارد و براساس ماده (۴۴۹) قانون مدنی ایران «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود». اثر فسخ نیز از تاریخ فسخ بار می‌شود و به گفته برخی (صفایی، ۱۳۸۵: ۳۰۸) چنانچه دادگاه حکمی نیز در این خصوص صادر نماید، جنبه اعلامی دارد. بنابراین حقوق ایران از این جهت با کنوانسیون و حقوق فرانسه متفاوت است. بدیهی است، حق فسخ در صورتی امکان اجرا خواهد داشت که دارنده حق، آن را اسقاط نموده باشد. در هر حال از نظر ثبوتی، تحقق فسخ نیازمند انشاء فسخ و ابراز آن با استفاده از چیزی است که دلالت بر اراده فسخ نماید.

۲. نوع تخلف و رابطه طولی یا عرضی فسخ با الزام به انجام تعهد

در این قسمت ابتدا اهمیت یا عدم اهمیت نوع تخلف قراردادی در ارتباط با امکان فسخ بررسی شده، سپس رابطه طولی یا عرضی فسخ با الزام به انجام تعهد مطالعه می‌شود.





۲-۱. اهمیت یا عدم اهمیت نوع تخلف

در حقوق عراق دادگاه در مواجهه با دعوی فسخ با دو طرف قرارداد روبرو است، شخصی که درخواست فسخ قرارداد را می‌نماید که باید برای محکمه نقض تعهد توسط طرف دیگر قرارداد را اثبات نماید و متعهد که در مقام دفاع یا باید اجرای کل تعهد را اثبات نماید یا اینکه اثبات نماید قسمت بیشتر تعهد را انجام داده است یا اینکه اقرار به عدم اجرای تعهد به دلیل شرایط ویژه‌ای که با آن مواجه بوده است، نماید. در هر حال دادگاه در این زمینه اختیار ارزیابی و تصمیم‌گیری دارد. به همین دلیل نیز درخواست کنندگان فسخ قرارداد نمی‌توانند نتیجه اقامه دعوی را به راحتی تشخیص داده و آن را امری بدیهی به شمار آورند. به دیگر سخن اختیار ارزیابی دادگاه در خصوص دعوی فسخ، نقشی فعال برای دادگاه در این زمینه رقم می‌زند. (المیاحی، ۲۰۱۵: ۳۱-۳۰) و به اعتقاد برخی (الذنون، ۱۹۴۶: ۲۲۸) سرنوشت عقد متوقف بر شرایط و اوضاع و احوال و میزان عدم اجرای تعهد توسط متعهد است که ارزیابی همه این موارد در اختیار قاضی است.

کنوانسیون اصولاً حق فسخ را در مواردی پذیرفته که نقض اساسی قرارداد رخ دهد. نقض اساسی در مواردی رخ می‌دهد که اقدام طرف قرارداد چنان ضرری برای طرف دیگر به بار آورد که او را اساساً از آنچه طبق قرارداد استحقاق انتظار آن را داشته، محروم نماید (هانولد، ۱۳۹۴: ۳۶۷). به اعتقاد برخی در قراردادهای تجاری بین‌المللی فسخ قرارداد، ضمانت اجرای بسیار سنگینی است که اگر قرار بر پذیرش آن برای هر نوع نقض تعهدی باشد، به تجارت بین‌المللی آسیب می‌رساند (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۲-۱۹). به ویژه که در تجارت بین‌المللی به‌طور معمول با مجموعه‌ای از قراردادها روبرو هستیم که با یکدیگر پیوند وثیقی دارند که از جمله می‌توان به قرارداد حمل و نقل، قرارداد بیمه و اعتبارات اسنادی، اشاره نمود (الشرقاوی، ۲۰۰۱: ۶۴). کنوانسیون در مورد نقض غیراساسی اصولاً فسخ را ممنوع نموده است ولی نظام ویژه‌ای را در مورد نقض غیراساسی پذیرفته است. توضیح اینکه کنوانسیون در موارد نقض غیراساسی، از امکان دادن مهلت اضافی برای انجام تعهد به متعهد سخن گفته و در صورت عدم انجام تعهد در مهلت مزبور، امکان فسخ را پذیرفته است و به تعبیر برخی (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۴-۲۲) در این حالت نقض غیراساسی





به نقض اساسی تبدیل می‌شود و این نوع نقض اساسی موسوم به نقض اساسی اکتسابی در مقابل نقض اساسی اصلی است. به تعبیر برخی (هانولد، ۱۳۹۴: ۳۶۹) در موردی که خریدار مهلت اضافی متعارفی تعیین می‌نماید این تعیین مهلت به زمان اهمیت اساسی می‌دهد. در این صورت هرگونه تأخیر در تسلیم کالا نقض اساسی بوده و زمینه را برای فسخ قرارداد فراهم می‌کند. گفتنی است بر اساس نظر برخی شارحین کنوانسیون (اشلختریم، ۱۳۹۶: ۱۳۱) استناد به مهلت اضافی برای تعیین اساسی بودن نقض به مواردی موکول شده که هیچ تحویلی صورت نگرفته است، لیکن می‌توان با استفاده از قیاس آن را به مواردی که فروشنده، اسناد مالکیت را تسلیم نمی‌نماید نیز تسری داد. با توجه به نکات فوق، کنوانسیون شرایط ویژه و سنگینی، برای پیدایش فسخ پیش‌بینی نموده است که قلمرو آن را محدود می‌نماید (Magnus, 2005: 424). آن‌گونه که برخی (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۲) بیان داشته‌اند شرایط سنگین حق فسخ در کنوانسیون برای این است که قرارداد بعد از آن که توسط یکی از طرفین نقض گردید از فسخ بگریزد و فرصت جبران و اصلاح نقض قرارداد فراهم آید. در واقع آن‌گونه که برخی (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۷۹) بیان داشته‌اند، هدف تدوین کنندگان کنوانسیون حفظ قرارداد تا حد امکان و جلوگیری از فسخ آن بوده است. به همین جهت به اعتقاد برخی (Huber & Mullis, 2007: 209) فسخ قرارداد به عنوان آخرین راه حل برای تأمین منافع متعهدله است. بنابراین فسخ، ضمانت اجرایی استثنائی می‌باشد. البته انتقادی که به کنوانسیون وارد است این است که مفهوم نقض اساسی برگرفته از ماده (۲۵) کنوانسیون بوده و در این ماده برای تبیین نقض اساسی از عباراتی چون «اساساً محروم نماید»، انتظار و قابلیت پیش‌بینی استفاده شده است و در کنوانسیون توضیحی پیرامون این عبارات داده نشده و همین امر می‌تواند ابهاماتی را در تشخیص مصادیق نقض اساسی ایجاد نموده و حتی در مواردی به بهانه عدم قابلیت پیش‌بینی نتایج تخلف از تعهد و به‌رغم خسارات سنگینی که بقاء قرارداد برای متعهدله دارد، متعهدله نتواند به استناد نقض اساسی، قرارداد را فسخ نماید.

در حقوق فرانسه هرچند قانونگذار فرانسه به نقض اساسی اشاره ننموده است ولی در ماده (۱۲۲۶) قانون مدنی این کشور به این نکته تصریح شده که متعهد له در مواردی که





عدم اجرای قرارداد «به اندازه کافی سنگین (شدید)» باشد می تواند از این اختیار بهره برد. البته در گذشته نیز این مسئله مورد تأکید رویه قضایی فرانسه بوده است. به موجب رأی شعبه یک مدنی دیوان عالی به تاریخ ۱۳ اکتبر ۱۹۹۸ در خصوص نوع نقض قرارداد چنین مقرر شده است: «سنگینی رفتار یکی از طرفین قرارداد می تواند توجیه کننده این باشد که طرف دیگر قرارداد با شیوه یکجانبه و با پذیرش خطرات و مخاطرات آن، به قرارداد پایان دهد... سنگینی یادشده ضرورتاً منحصر به عدم رعایت مهلت اخطار (انجام تعهد) نیست». (Terré, 2016: 54). (برای ملاحظه آرائی دیگر در این خصوص رک. (Delebecque et Pansier, 2016: 268-269)) مبنای پیش بینی این شرط، امنیت حقوقی و حمایت از متعهد بوده و در این مورد در صورت اعتراض متعهد، اثبات وجود شرایط فسخ از جمله سنگین بودن و شدید بودن نقض تعهد با متعهدله است (Terré, 2016: 54). البته به گفته برخی (Do Carmo Silva, 2016: 22) اگر متعهد در دعوی خود علیه متعهدله در خصوص سنگین نبودن نقض تعهد غالب آید، با توجه به حکم ماده (۱۲۲۹) جدید قانون مدنی فرانسه که فسخ را موجب پایان قرارداد می داند، خللی به فسخ وارد نمی شود بلکه متعهدله (عامل فسخ) مسئول جبران خسارت های وی خواهد بود. برخی (Saidani, 2016: 108-109) نیز در توجیه این مسئله اینگونه بیان داشته اند که در صورتی که متعهدله در اعمال فسخ دچار سوء استفاده گردد، دو ضمانت اجرا متصور است: یکی بی اثر بودن فسخ و در نتیجه حفظ قرارداد و الزام به اجرای قرارداد و دیگری مسئولیت مدنی عامل فسخ قرارداد. راه حل اول نتیجه مطلوب را ندارد زیرا با توجه به اینکه عامل فسخ، فاقد حسن نیت است ممکن است قرارداد را اجرا ننماید و زیان دیده را با چالشهایی مواجه نماید از این رو راه حل دوم مناسب تر و متعین است. در هر حال آنچه در کنوانسیون و حقوق فرانسه مطرح شده است در حقوق ایران مشاهده نمی شود و اصولاً نوع تعهد قراردادی که نقض شده مهم نیست. حسن این رویکرد





در این است که ابهامهای مربوط به کنوانسیون و حتی مفاهیم سنگین و شدید بودن نقض تعهد در حقوق فرانسه در حقوق ایران مطرح نمی‌شود.^۱

۲-۲. رابطه طولی یا عرضی فسخ با الزام به انجام تعهد

در حقوق عراق متعهدله میان دعوی اجرای تعهد و دعوی فسخ مخیر است (الذنون، ۱۹۷۶: ۱۸۹) و الزام قضایی انجام تعهد پیش نیاز طرح دعوی فسخ در دادگاه نیست بلکه این دو در عرض یکدیگرند.

از نظر کنوانسیون نیز الزام متعهد به اجرای تعهد در عرض ضمانت اجرای فسخ است. زیرا در بند الف ماده ۴۵ ضمانت اجرای انجام تعهدات را اعمال مواد (۴۶) تا (۵۲) دانسته است و ترتیبی در این خصوص مقرر نموده است و در مقررات مربوط به مطالبه ایفای تعهد و فسخ نیز ترتیب مقرر نشده است بنابراین می‌توان گفت، از نظر کنوانسیون الزام متعهد به انجام تعهد از شرایط پیدایش حق فسخ دانسته نشده است.

در حقوق فرانسه نیز وضع به همین ترتیب است و متعهدله مخیر است که اجرای اجباری تعهد را (در صورت عدم تعذر) مطالبه نماید یا اینکه اقدام به فسخ یکجانبه قرارداد یا مطالبه فسخ از دادگاه نماید. البته بر اساس ماده (۱۲۲۱) جدید قانون مدنی فرانسه (Modifié par Ordonnance n2016-131 du 10 février 2016) هنگامی که «یک عدم تناسب آشکار میان هزینه اجرا توسط بدهکار و نفع طلبکار» وجود داشته باشد، امکان مطالبه اجرای عین تعهد وجود نخواهد داشت. این نوآوری ملهم از طرح‌های اروپایی حقوق قراردادها است و هدفش ممانعت از تصمیمات قضایی مبنی بر اجرای اجباری تعهد در مواردی است که اجرای تعهد برای متعهد فوق‌العاده پرهزینه است ولی متقابلاً برای متعهدله نفع حقیقی ندارد. در واقع در چنین مواردی امکان مطالبه اجرای اجباری توسط متعهدله غیرعادلانه و غیر منصفانه تلقی شده و محکومیت متعهد به جبران خسارت می‌تواند برای متعهدله جبرانی مناسب باشد. بنابراین ماده یادشده در راستای

پایه تحلیف از اتمام تعهدات قراردادی در پیش‌بینی حق فسخ (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و برخی نظامهای حقوقی اسلامی و غربی)



۱ اشاره به این نکته نیز مفید است که در مورد حقوق انگلستان و ایالات متحده آمریکا نیز می‌توان گفت، فسخ در مواردی که نقض قرارداد جدی و اساسی است پذیرفته شده است، و از نظر محدودیت موارد فسخ و اینکه فسخ نیازمند حکم دادگاه نیست با کنوانسیون قرابت دارد. (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۶۰-۱۶۱ و ۱۸۰).



ممانعت از سوء استفاده از حق و ساماندهی اختیارات قاضی و افزایش امنیت حقوقی تحلیل می‌شود (Terré, 2016:52).

در حقوق ایران، بر خلاف حقوق عراق و فرانسه و نیز کنوانسیون، اصل بر رابطه طولی میان الزام قضائی متعهد به انجام تعهد و پیدایش حق فسخ برای متعهدله است. حقوق ایران در این زمینه متأثر از نظر مشهور فقیهان امامیه است (رک. امامی، ۱۳۷۵: ۲۹۰-۲۸۹). البته در حقوق ایران گاهی به پیروی از فقه امامیه و گاهی به پیروی از حقوق غربی استثنائاتی نیز وجود دارد. برای تبیین دیدگاه حقوق ایران در زمینه رابطه طولی یادشده و استثنائات آن و عندالاقضاء نگاه انتقادی به آن شایسته است ضمن تبیین مبانی و نظرات فقهی در این خصوص به بررسی مستندات ادعاهای پیش‌گفته پرداخته شود. در فقه امامیه در فرضی که یکی از طرفین قرارداد، نقض تعهد می‌نماید، نظرات مختلفی ارائه شده است. در واقع در رویارویی با این مسئله که چه اقدامی در مقابل متخلف می‌توان انجام داد در قسمت تخلف از شرط فعل، مهم‌ترین نظریاتی که ملاحظه می‌شود به قرار ذیل است: نظر نخست پیدایش حق فسخ برای متعهدله و عدم امکان اجبار متعهد به انجام تعهد خویش (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۲۰)؛ نظر دیگر، معخیر بودن متعهدله در اجبار متعهد به انجام تعهد یا فسخ قرارداد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۵۲)؛ سومین نظر اجبار متعهد به انجام تعهد و در صورت عدم امکان اجبار، پیدایش حق فسخ قرارداد برای متعهدله (برای ملاحظه نظرات مختلف و نقد آن رک. شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۷۳-۶۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۲۶-۲۱۹؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۷۴). در میان این نظرات، نظر سوم، نظر مشهور فقها است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۱۰)^۱ و با لزوم پایبندی به قرارداد و استثنائی بودن حق فسخ سازگار است. در بسیاری از کتب فقهی همین حکم در مورد تعهدات اصلی قرارداد مانند تعهد موجد به تسلیم عین مستأجره یا تعهد بایع به تسلیم عین میعه دیده می‌شود (به عنوان نمونه رک. طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۰۱) که بیانگر عدم تفاوت منطبق حاکم بر تعهدات اصلی و فرعی در این حکم می‌باشد.



۱ برخی فقیهان (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۲۰) نیز بیان داشته‌اند که بعید نیست این نظر، نظر مشهور فقیهان باشد.



البته برخی (عسگری و اسماعیلی، ۱۳۹۴: ۴۱) استناد این نظر به مشهور را مورد تردید قرار داده و ادعا نموده‌اند از زمان مرحوم شیخ انصاری به بعد و تحت تأثیر اندیشه‌های ایشان، بیشتر فقیهان متمایل به آن شده‌اند. توضیح اینکه به اعتقاد مرحوم شیخ انصاری (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۷۰) خیار فسخ فقط در صورت غیرممکن بودن اجرای تعهد و برای دفع ضرر تشریح شده است. در هر حال نظر مرحوم شیخ انصاری مبتنی بر این است که مبنای پیدایش خیار قاعده نفی ضرر است. با این حال برخی فقیهان نظر ایشان را از نظر مبنای خیار مورد انتقاد قرار داده‌اند. در این راستا برخی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۲۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۰: ۲۴۰-۲۳۹) برای پذیرش خیار در کنار امکان اجبار، مبنای خیار را بنای عقلا دانسته‌اند و برخی دیگر (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۲۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۳۰۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۰۳) مبنای خیار را این دانسته‌اند که پای بندی به قرارداد مقید به تحقق و اجرای شرط است و در صورت تخلف، پای بندی مزبور نیز منتفی است و در نتیجه امکان فسخ برای متعهد له در کنار امکان اجبار متعهد به انجام شرط وجود دارد. گفتنی است منطق حاکم بر نظریات فوق هم در مورد تعهدات ناشی از شروط ضمن عقد و هم در مورد تعهدات اصلی ناشی از قرارداد جاری است و تفاوتی میان این موارد نیست. برخی (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۱۸۴-۱۸۳) در مسئله تعهد موجه به تسلیم عین مستأجره که از تعهدات اصلی قرارداد اجاره است، مسئله را مرتبط با منطق حاکم بر شروط ضمن عقد دانسته و معتقدند در مورد تعهد به تسلیم نیز شرط ارتکازی ضمنی مبنی بر انجام تسلیم وجود دارد که همه معاوضات بر مبنای آن منعقد می‌گردد. به اعتقاد ایشان در این موارد نیز پای بندی شرط کننده (در اینجا مستأجر) به قرارداد منوط به عمل به شرط از جانب مشروط علیه است بنابراین چنانچه موجه از تسلیم عین مستأجره امتناع نماید برای مستأجر حق فسخ پدید می‌آید و پیش نیاز حق مزبور تعذر الزام موجه به انجام شرط نیست. ایشان همین حکم را در موارد مشابه مانند تعهد به تسلیم مبیع در قرارداد بیع نیز جاری می‌دانند (رک. موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۳۶).

در مقام نقد مبنای فوق می‌توان گفت، از سویی در مورد استناد به بنای عقلا همانگونه که برخی (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۲۴-۲۲۵) بیان داشته‌اند، در مواردی که امکان اجبار





متعهد توسط مشروطه وجود دارد و مشروطه دچار عسر و حرج نمی‌گردد، عقلاً به فسخ قرارداد حکم نمی‌نمایند و همین که در این زمینه تردید وجود داشته باشد، نمی‌توان به بنای عقلاً استناد نمود زیرا بنای عقلاً دلیل لَبّی بوده و باید به قدر متقین آن بسنده نمود و در نتیجه رجوع به اصل لزوم و ادله وفای به عقد متعین خواهد بود. از سوی دیگر در مورد ادعای کسانی که مبنای خیار را مقید بودن پای‌بندی و لزوم قرارداد به تحقق و اجرای شرط دانسته‌اند نیز می‌توان گفت اگر همداستان با برخی (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۵۵)، این ادعا پذیرفته نشود، نمی‌توان از هم عرض بودن خیار و امکان اجبار سخن گفت. در واقع اینکه مبنای خیار این باشد که بر اساس اراده مشترک طرفین قرارداد، پای‌بندی و التزام به قرارداد منوط به عمل به شرط است و حتی در مورد تعهدات اصلی قرارداد از وجود شرط ارتكازی ضمنی در این خصوص سخن به عمل آید، ادعایی است که دلیل قاطعی برای آن ارائه نشده است و نمی‌تواند حق فسخ را قبل از مطالبه انجام تعهد و التزام متعهد به انجام آن به اثبات برساند. خصوصاً اینکه اصل بر لزوم قرارداد است و قرار معاملی طرفین مبنی بر عدم پای‌بندی به قرارداد می‌تواند ناظر به مواردی باشد که امکان اجبار ممتنع وجود ندارد (ر.ک. سبزواری، ۱۴۱۳: ۷۴-۷۳).

گفتنی است اگر مبنای خیار اجماع دانسته شود نیز متیقن از اجماع، موردی است که امکان اجبار وجود ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۳)

بنابراین جز در مواردی که توسل به اجبار متعهد به انجام تعهد موجب ضرر یا عسر و حرج متعهدله است، یا این که التزام به انجام تعهد متعذر است، اجرای تعهد نسبت به پیدایش حق فسخ ترجیح دارد و با اصل لزوم قراردادها سازگارتر است. در واقع در مواردی که التزام به اجرای تعهد مستلزم هزینه‌های سنگین مانند هزینه‌های دادرسی و صرف وقت فراوان برای مراحل دادرسی باشد، با توجه به مبانی که برای خیار فسخ بیان گردید، می‌توان از پیدایش حق فسخ بدون نیاز به التزام سخن گفت. زیرا در این موارد،

۱ طبیعتاً در مواردی که التزام به اجرای تعهد مستلزم هزینه‌های سنگین مانند هزینه‌های دادرسی و صرف وقت فراوان برای مراحل دادرسی باشد، با توجه به مبانی که برای خیار فسخ بیان گردید، می‌توان از پیدایش حق فسخ بدون نیاز به التزام سخن گفت.





لزوم تقدم الزام بر امکان فسخ، خود حکم ضرری است که قاعده نفی ضرر آن را نفی می‌نماید. کما اینکه بنای عقلا نیز مؤید این امر است و حقوق فرانسه نیز به همین دلیل فسخ یکجانبه و بدون مراجعه به دادگاه را پذیرفته است. اگر مبنای حق فسخ، قرار معاملی طرفین نیز دانسته شود به نظر می‌رسد این مورد مشمول آن قرار می‌گیرد. در هر حال در عصر حاضر که رسیدگی‌های قضایی پر هزینه و طولانی است، استدلالهای یادشده می‌تواند دیدگاه‌های فقهی را به یکدیگر نزدیک‌تر نماید و مطالبه غیرقضایی انجام تعهد را جایگزین الزام قضایی نماید. همچنین باید توجه داشت، قاعده کلی تقدم الزام قضایی بر حق فسخ، نافی پیدایش حق فسخ قرارداد در مواردی که از نظر فقهی ادله ویژه‌ای از قبیل روایات معتبر (مانند تأخیر تأدیه ثمن در بیع) دارد، نیست.

حال باید با توجه به مستندات قانونی بررسی نمود که حقوق ایران چه نظری را برگزیده است. به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز نظر مشهور فقیهان پذیرفته شده و مسئله فسخ استثنائی است. در واقع آنگونه که برخی (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۶۵) بیان داشته‌اند قانون مدنی ایران در فرض خودداری متعهد از اجرای تعهد قراردادی خود حق فسخ را برای متعهدله پیش‌بینی ننموده است. البته ایشان استدلالهای احتمالی را برای پذیرش حق فسخ قرارداد مطرح نموده و رد نموده‌اند. احتمالات یادشده بدین ترتیب است که: از سویی ممکن است ادعا شود در قراردادهای معاوضی قرارداد مبتنی بر این شرط ضمنی است که هر متعهدی به موقع تعهدش را انجام داده و تعهدات با یکدیگر مبادله گردند. بنابراین اگر یکی از طرفین از اجرای تعهد خود سرباز زند، طرف دیگر با استناد به خیار تخلف از شرط ضمنی حق فسخ قرارداد را دارد. از سوی دیگر ممکن است ادعا شود در هر قرارداد معاوضی خیار شرط ضمنی در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهدش وجود دارد. به علاوه ممکن است ادعا شود وابستگی تعهدات متقابل به یکدیگر ایجاب می‌نماید که اگر یکی از طرفین تعهد خویش را انجام ندهد طرف مقابل نیز چنین حقی را داشته باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۶۶-۲۶۵).

در مقام رد احتمالات یادشده، اینگونه استدلال شده (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۶۶) که در حقوق ایران اصل بر لزوم قرارداد است و خیار فسخ راه‌حلی استثنائی است که برای گریز





از ضررهای ناروا و به عنوان «بد ضروری» به کار گرفته می‌شود و به همین جهت تا زمانی که امکان اجبار متعهد یا اجرای قرارداد وجود داشته باشد، ضرورت یادشده احساس نمی‌شود. به اعتقاد ایشان (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۶۷-۲۶۶)، بنای تراضی نیز بر پای بندی به تعهد است و معمولاً طرفین به امکان فسخ نمی‌اندیشند. بنابراین ادعای خیار شرط ضمنی توهمی بیش نیست. علاوه بر اینکه صحت خیار شرط بر اساس ماده ۴۰۱ قانون مدنی ایران منوط به تعیین مدت آن است و در صورت عدم تعیین مدت موجب بطلان عقد و شرط است.

در تأیید استدلال‌های فوق که برگرفته از متون فقهی است، می‌توان گفت، استثنائی بودن حق فسخ به دلیل تخلف از تعهد، به وضوح در مبحث شروط ضمن عقد در قانون مدنی ایران دیده می‌شود. در مورد ضمانت اجرای شرط فعل، قانونگذار ایران در وهله اول از اجبار مشروط‌علیه به انجام شرط سخن گفته است. هرچند این ماده در مورد شروط ضمن عقد است ولی منطق حاکم بر آن با منطق حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد اصلی یکسان است و می‌توان از ملاک آن برای تعهدات قراردادی نیز استفاده نمود. خصوصاً اینکه در ماده (۲۱۹) قانون مدنی که در قسمت آثار معاملات و خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات درج گردیده است، به نیروی الزام‌آور عقد و نیز اصل لزوم قرارداد اشاره دارد و برخی (خورسندیان و محمدی بصیر، ۱۳۹۶: ۶۸) نیز با استناد به همین ماده، نتیجه گرفته‌اند که در صورت نقض تعهد توسط متعهد، متعهدله ابتدا باید الزام وی به انجام تعهد را از دادگاه مطالبه نماید. به موجب این ماده «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». در ماده (۳۷۶) قانون مدنی در مورد قرارداد بیع نیز اینگونه آمده است: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود».

۱ البته برخی نویسندگان (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۲) با تکیه بر کلمه «می‌تواند» در این ماده، تخییر متعهدله میان فسخ و اجبار را استنباط نموده‌اند. لیکن این نظر با این اشکال روبرو است که اولاً این ماده در مقام تخییر میان اجبار و فسخ نبوده است ثانیاً با توجه به مواد بعدی از جمله ماده (۲۳۹) قانون مدنی به خوبی استنباط می‌گردد که توسل به فسخ فقط در صورتی امکان دارد که اجبار غیرممکن باشد.





طبیعتاً اجرای اجباری تعهد نسبت به همه تعهدات امکان پذیر نیست به همین جهت ماده (۲۳۸) قانون مدنی در حکمی که براساس وحدت ملاک قابل تسری به تعهدات قراردادی است، بیان داشته است: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». ماده (۲۳۸) قانون مدنی ناظر به فرضی است که موضوع تعهد از موضوعاتی است که قائم به شخص متعهد نبوده و دیگران می‌توانند آن را انجام دهند. طبیعی است اگر موضوع تعهد از موضوعاتی باشد که دیگران نمی‌توانند بجای آورند و قائم به شخص متعهد باشد و امکان اجبار متعهد به انجام آن وجود نداشته باشد، در این حالت پای‌بندی به قرارداد توسط متعهدله، توجیهی ندارد و ادله مربوط به لزوم وفای به تعهدات ناظر به چنین حالتی نمی‌باشد، به همین دلیل ماده (۲۳۹) قانون مدنی در چنین حالتی از امکان فسخ قرارداد سخن گفته است. به موجب این ماده «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». همانگونه که برخی (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۶) نیز بیان نموده‌اند در چنین حالتی نقض تعهدات اصلی قرارداد به طریق اولی حق فسخ را برای متعهدله ایجاد می‌نماید. زیرا هنگامی که نقض تعهدات فرعی ناشی از شروط ضمن عقد به پیدایش حق فسخ برای متعهدله می‌انجامد، در مورد نقض تعهدات اصلی، این مسئله به طریق اولی رخ می‌دهد. البته طبیعی است در این مورد نیز اصولاً میان الزام به انجام تعهد و پیدایش فسخ رابطه طولی است. بنابراین قاعده اصلی در مورد نقض تعهدات قراردادی، همان مرحله‌ای است که در مواد (۲۳۷) تا (۲۳۹) قانون مدنی بیان شده است. در عین حال این قاعده کلی دارای استثنائاتی است. قبل از بیان استثنائات اشاره به این نکته نیز شایسته است که در مواردی که انجام تعهد مقید به زمان خاصی بوده و تعهد و زمان آن به عنوان مطلوب واحد مد نظر باشد، منطقی شرط الزام متعهد به انجام تعهد منتفی است و باید از پیدایش مستقیم حق فسخ برای متعهدله به استناد تعذر اجرای تعهد سخن گفت. زیرا همانگونه که برخی (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۵) بیان داشته‌اند، در





چنین موردی با سپری شدن زمان، اصولاً انجام تعهد نیز غیرممکن می‌شود. حال در خصوص استثنائات قاعده تقدم الزام بر فسخ، در ادامه مهمترین موارد، بررسی می‌شود. قانونگذار ایران در خصوص تخلف از برخی شروط ضمن عقد، از حق فسخ سخن گفته است. قسمت اخیر ماده (۴۹۶) قانون مدنی در زمینه تخلف از شروط در اجاره از این قبیل است. این ماده به‌طور کلی و عام تخلف از شرایط مقرر بین موجر و مستأجر را موجب پیدایش حق فسخ دانسته است. به‌موجب این ماده «...نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد». معلوم نیست چرا قانونگذار در مورد شروط ضمن اجاره از قاعده عمومی عدول نموده است. شاید در این مورد از نظر غیرمشهور فقهی پیروی نموده است. گفتنی در مورد شرط پرداخت اجاره بها در مهلت مقرر نیز بر اساس بند د ماده (۸) قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲، تخلف مستأجر از تعهد یادشده نیز موجب پیدایش مستقیم حق فسخ برای موجر دانسته شده است.

در هر حال همانگونه که برخی (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۶۹-۲۷۰) بیان داشته‌اند، استقراء در مواد قانون مدنی، بیان‌گر این است که در زمینه تعهدات اصلی ناشی از عقد اجاره باید قاعده عمومی اجرا شود و حق فسخ محدود به مواردی دانسته شود که اجرای تعهد غیرممکن است و حکم ماده (۴۹۶) قانون مدنی را حکمی استثنایی به شمار آورد. در این راستا به موادی چون ماده (۴۷۶)، (۴۸۷) و (۴۹۲) قانون مدنی استناد شده است.

یکی از مواردی که می‌تواند استثنای بر قاعده باشد و مقتبس از فقه امامیه است، حق فسخ قرارداد بیع به دلیل تأخیر مشتری در پرداخت ثمن است که قانونگذار ایران، این حق فسخ را خیار تأخیر ثمن نامیده است. احکام این خیار در مواد (۴۰۲) تا (۴۰۹) قانون مدنی ایران آمده است. سبب پیدایش این خیار، تأخیر در پرداخت ثمن (یعنی نقض تعهد) است. پیدایش خیار تأخیر ثمن نیازمند وجود شرایط چهارگانه مندرج در ماده (۴۰۲) قانون مدنی ایران است: نخستین شرط این است که میباید عین معین یا در حکم عین معین باشد؛ دوم اینکه تسلیم میباید و ثمن حال باشد؛ سوم اینکه مدت تأخیر از تاریخ قرارداد بیع سه روز باشد و چهارمین شرط این است که میباید و ثمن تسلیم مشتری و بایع نشده باشد. البته در





مورد میبایستی که در کمتر از سه روز در معرض فساد قرار می‌گیرد براساس ماده (۴۰۹) قانون مدنی ایران شرط سوم رعایت نمی‌شود بلکه تأخیر به اندازه‌ای که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت گردد کافی است (برای مطالعه تفصیلی در مورد این شرایط رک. شهیدی، ۱۳۸۷: ۵۱-۵۳؛ قاسم زاده، ۱۳۹۳: ۱۸۷-۱۸۱). پذیرش خیار تأخیر تأدیه ثمن مبتنی بر مبانی فقهی است. فقیهان امامیه به استناد روایات و سایر ادله ای که در این باب وجود دارد از این خیار سخن گفته‌اند. در ادامه ضمن تبیین ادله مزبور به بررسی آن پرداخته می‌شود. ■

الف- اجماع؛ برخی فقیهان (سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۳۸-۴۳۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱: ۷۱) در زمینه خیار تأخیر ثمن ادعای اجماع نموده‌اند. اشکال این دلیل این است که اولاً نظر مخالف وجود دارد و برخی فقیهان (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۸۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۸-۴۶) از بطلان یا انفساخ بیع در فرض تأخیر ثمن سخن گفته‌اند. ثانیاً بر فرض پذیرش وجود اجماع یا اتفاق نظر، به نظر می‌رسد اجماع یادشده، اجماع مدرکی یا حداقل محتمل المدرک است و طبیعی است که چنین اجماعی دلیل مستقل نبوده و دارای حجیت نمی‌باشد (رک. مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲۸۹) بلکه باید به مدارکی که پشتوانه اجماع بوده است توجه نموده، آنها را بررسی نمود. ■

ب- قاعده لاضرر: یکی از ادله مطرح در این زمینه، استناد به قاعده نفی ضرر است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱: ۷۱)؛ با این بیان که از سویی مسئولیت تلف مبیع قبل از قبض بر عهده بایع است و از سوی دیگر پس از قرارداد بیع، مالکیت مبیع به مشتری انتقال یافته و منافع آن متعلق به وی خواهد بود. طبیعی است اگر قرار باشد مشتری، ثمن را پرداخت ننماید اینکه بایع ملزم باشد در انتظار پرداخت ثمن بماند و پای بند به قرارداد باشد، حکمی ضرری است و قاعده لاضرر نافی آن است (رک. رشتی، ۱۴۰۷: ۵۴۳).

انتقاد وارد بر این دلیل این است که از سویی این دلیل نمی‌تواند جزئیات مربوط به خیار تأخیر تأدیه ثمن را به اثبات برساند. زیرا این خیار پس از سه روز از عقد بیع پدید می‌آید و بازه زمانی مزبور از دلیل مورد بررسی قابل استنباط نیست (ایروانی، ۱۴۰۶: ۴۲؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۲۵۹) از سوی دیگر اصل اینکه قاعده لاضرر بتواند لزوم قرارداد را در این مورد نفی





نماید محل بحث است زیرا هنگامی می‌توان از این قاعده برای نفی لزوم استفاده نمود که ضرر از ناحیه لزوم قرارداد باشد در حالی که ضرر به خاطر لزوم و پای‌بندی به قرارداد نیست. به‌ویژه اینکه بایع می‌تواند الزام مشتری به پرداخت ثمن را از دادگاه بخواهد و حتی برخی (موسوی خویی، بی تا: ۵) از امکان مقاصه برای دریافت ثمن سخن گفته‌اند.

ج- قاعده نفی حرج: برخی فقیهان (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۵۷۲) معتقدند دلیل اصل خیار را باید در نفی احکام حرجی جستجو نمود. در واقع اینکه بایع مکلف به پای‌بندی به قرارداد و صبر باشد تا مشتری ثمن را پرداخت نماید نوعی حرج را برای بایع به دنبال دارد و این حکم حرجی به موجب قاعده نفی حرج منتفی می‌گردد. در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت، اینکه در همه موارد انتظار موجب حرج باشد محل تأمل است و دیگر اینکه جزئیات خیار تاخیر نیز از این قاعده استنباط نمی‌گردد.

د- روایات؛ در زمینه خیار تأخیر تأدیه ثمن چندین روایت مورد استناد قرار گرفته است که روایت علی بن یقظین، روایت اسحاق بن عمار، روایت ابن حجاج و صحیح زراره^۴ از این جمله‌اند. در استناد به این روایات از سویی باید توجه داشت که هرچند در مورد بعضی از روایات (روایت زراره) برخی از فقیهان از نظر سندی ملاحظاتی را مطرح نموده-

۱ عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَقْظِينَ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الْبَيْعَ وَلَا يَقْبِضُهُ صَاحِبُهُ وَلَا يَقْبِضُ الثَّمَنَ قَالَ أَلَا جَلَّ بَيْنَهُمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ قَبِضَ بَيْعَهُ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا. (شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، ج ۷، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ج ۴، ۱۴۰۷: ۲۲)

۲ وَ رَوَى إِسْحَاقُ بْنُ عَمَّارٍ عَنِ الْعَبْدِ الصَّالِحِ ع قَالَ مَنْ اشْتَرَى بَيْعًا وَمَضَتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ وَلَمْ يَجِئْ فَلَا يَبِيعُ لَهُ (شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۲، ۱۴۱۳: ۲۰۲)

۳ عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ اشْتَرَيْتُ مَحْمَلًا فَأَعْطَيْتُ بَعْضَ ثَمَنِهِ وَ تَرَكْتُهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ ثُمَّ احْتَبَسْتُ أَيَّامًا ثُمَّ جِئْتُ إِلَى بَائِعِ الْمَحْمَلِ لِأَخْذِهِ فَقَالَ قَدْ بَعَثَهُ فَصَحَّكَ ثُمَّ قُلْتُ لَأُؤَدِّعَكَ أَوْ أَقْضِيكَ فَقَالَ لِي تَرْضَى بِأَبِي بَكْرٍ بِنِ عِيَّاشٍ قُلْتُ نَعَمْ فَاتَيْنَاهُ فَفَصَّصْنَا عَلَيْهِ فَبَعَثْنَا فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ يَقُولُ مَنْ تَحَبَّ أَنْ أَقْضَى بَيْنَكُمَا أَوْ يَقُولُ صَاحِبِكِ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ قُلْتُ يَقُولُ صَاحِبِي قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فَجَاءَ بِالثَّمَنِ فِي مَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ لَهُ. (کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۵، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ج ۴، ۱۴۰۷: ۱۷۲)

۴ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ قُلْتُ الرَّجُلُ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ ثُمَّ يَدْعُهُ عِنْدَهُ يَقُولُ حَتَّى آتِيكَ بِثَمَنِهِ قَالَ إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ لَهُ. (کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۵، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ج ۴، ۱۴۰۷: ۱۷۱)





اند (رک. بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶-۴۵). ولی در مجموع، روایات قابل توجه و امعان نظر بوده و مورد استناد می‌باشد. به گونه‌ای که ادعا شده، روایت به حد استفاضه می‌رسد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۲۱۸).

از نظر دلالت روایات بر خیار مشکلی که وجود دارد این است که در این روایات در مقام بیان ضمانت اجرای تاخیر در پرداخت ثمن توسط مشتری، از تعبیر «لا بیع له» و «لا بیع بینهما» استفاده شده است که ظهور در منتفی بودن خود به خودی قرارداد بیع دارد به گونه‌ای که برخی (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۸۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۸-۴۶) با توجه به همین عبارات از بطلان بیع (انفساخ) آن و نه خیار تاخیر سخن گفته‌اند. در پاسخ می‌توان گفت از آنجا که مقصود، ارفاق به بایع و تسهیل امر برای وی بوده است نمی‌توان مقصود از نفی بیع را انفساخ یا بطلان خود به خودی آن دانست (ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲: ۶۱)، بلکه مقصود ملزم نبودن بایع به پای‌بندی به عقد است. البته برخی (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۲۱۹-۲۲۰) ضمن اینکه فهم علما و حاملین اخبار از روایات یادشده را نفی لزوم قرارداد بیع دانسته‌اند، از استصحاب آثار بیع بعد از سه روز نیز سخن گفته‌اند. طبیعتاً استناد به اصول عملیه هنگامی معتبر است که نتوان با توجه به خود روایات و قرائن به نتیجه متقنی دست یافت. ■

در پایان توجه به برخی از موارد فسخ قضائی مندرج در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ است که منشأ غربی دارد شایسته است. از جمله این موارد، موارد مندرج در ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ است. به عنوان نمونه براساس بند ۷ ماده پیش گفته یکی از موارد مطالبه فسخ قرارداد اجاره، موردی است که محل کسب و پیشه و تجارت برای شغل معینی اجاره داده شده و مستأجر بدون رضای موجر شغل خود را به شغل جدیدی که مشابه شغل سابق نیست تغییر دهد. یا براساس بند ۸ در صورتی که مستأجر در مورد اجاره تعدی یا تفریط نموده باشد، امکان فسخ پیش‌بینی شده است بدون اینکه پیش نیاز آن الزام متعهد به انجام تعهد باشد.

پایه حقوق از اجتم تصدق تهرانی در بیان شیخ (طالعه تطبیق در حقوق ایران و در فی نظامی اسلامی و غیره)





نتیجه‌گیری

بررسی‌ها نشان داد در حقوق عراق فسخ قضایی، به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی پذیرفته شده و متعهدله میان دعوی اجرای تعهد و دعوی فسخ مخیر است لیکن اصولاً دادگاه در زمینه پذیرش یا رد تقاضای فسخ، تعیین کننده دارد. از این جهت حقوق عراق با حقوق فرانسه قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه مقاربت دارد. در حقوق ایران به تبع فقه امامیه، اصولاً حق فسخ برای متعهدله شناسایی شده و اعمال آن با وی می‌باشد و قاعده عمومی، ترجیح اجرای قرارداد بر فسخ آن است. البته در مواردی که تقدم اجرای قرارداد بر فسخ قرارداد متضمن تضرر متعهدله است، قاعده یادشده با انتقاد روبرو است و تخییر متعهدله در مطالبه اجرای تعهد یا فسخ قرارداد شایسته است. کنوانسیون بیع بین‌المللی حق فسخ را در موارد نقض اساسی قرارداد پذیرفته است و اعمال فسخ نیازمند مطالبه از دادگاه نیست بلکه با اخطار فسخ به متعهد صورت گرفته و برای نفوذ آن ارسال اخطار با وسایل مناسب کافی است. بنابراین کنوانسیون از این جهت که در مواردی فسخ را هم‌عرض مطالبه اجرای تعهد پذیرفته است با حقوق عراق شباهت دارد و از این جهت که فسخ را نیازمند حکم دادگاه نمی‌داند با حقوق ایران مقاربت دارد. اشکال وارد بر کنوانسیون، مبهم بودن مفهوم نقض اساسی است. در خصوص حقوق فرانسه، قانون مدنی این کشور قبل از اصلاحات ۲۰۱۶، مبتنی بر فسخ قضایی بوده است لیکن اقتضائات اقتصادی موجب شده فسخ با اراده متعهدله نیز در اصلاحات ۲۰۱۶ در کنار فسخ قضایی پذیرفته شود. البته این نوع فسخ مربوط به مواردی است که عدم اجرای قرارداد به‌اندازه کافی سنگین باشد و اعمال آن نیز از راه اخطار فسخ به متعهد صورت می‌گیرد و برای نفوذ فسخ وصول اخطار به متعهد لازم است. در مقام ارائه پیشنهاد به‌نظر می‌رسد در فرض نقض تعهدات قراردادی مخیر دانستن متعهدله در انتخاب فسخ یا تقاضای اجبار متعهد به انجام تعهد با توجه به اینکه اجبار به انجام تعهد هزینه و مشقتهای زیادی دارد با اقتضائات عرفی زمان فعلی مناسبت بیشتری دارد. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانونگذار ایران نیز با مسامحه نظریه تخییر را بپذیرد، خصوصاً اینکه این نظر پشتوانه فقهی دارد و راه‌حلی میانه است. البته قانونگذار می‌تواند امکان استفاده از فسخ را به اخطار مطالبه انجام





تعهد مقید نماید تا به نوعی ترجیح اجرای قرارداد بر فسخ آن حفظ گردد. از سوی دیگر با توجه به هزینه‌ها و مشکلاتی که دعوی فسخ قضایی برای متعهدله به دنبال دارد پیشنهاد می‌شود، حقوق عراق نیز فسخ قرارداد را پس از اخطار مطالبه انجام تعهد، در اختیار متعهدله قرار دهد و برای قاضی نقش پسینی قائل گردد. در خصوص کنوانسیون و حقوق فرانسه نیز پیشنهاد می‌شود که مفهوم نقض اساسی (در کنوانسیون) و مفهوم «به اندازه کافی سنگین» (در قانون مدنی فرانسه) با ملاکهای روشنی تبیین گردد تا ابهامات آن رفع گردد.

منابع

- ۱) اراکی، محمدعلی، ۱۴۱۴ق، الخیارات، قم، مؤسسه در راه حق، چ ۱.
- ۲) اشلختریم، پیترا، ۱۳۹۶ش، مقدمه ای بر حقوق بیع بین المللی کالا، با ترجمه کاظمی نجف آبادی، عباس و محبوب، سعید، تهران، انتشارات جنگل، چ ۱.
- ۳) اصفهانی، سید ابوالحسن، ۱۴۲۲ق، وسیله النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چ ۱.
- ۴) اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۱۸ق، حاشیة کتاب المکاسب، قم، أنوار الهدی، چ ۱، ج ۵.
- ۵) امام خمینی، سید روح‌الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چ ۱، ج ۴.
- ۶) امامی، سید حسن، ۱۳۷۵ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چ ۱۲، ج ۱.
- ۷) ایروانی، باقر، ۱۴۲۷ق، دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم، بی‌نا، چ ۲، ج ۲.
- ۸) ایروانی، علی بن عبدالحسین، ۱۴۰۶ق، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱، ج ۲.
- ۹) بحرانی، یوسف بن احمد، ۱۴۰۵ق، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۱۹.





- (۱۰) الجارحی، مصطفی، ۱۹۸۸م، فسخ العقد، دراسه مقارنه فی القانونین المصری و الفرنسی، القاہرہ، دارالنهضة العربیہ، ج ۱.
- (۱۱) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۲ش، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۲.
- (۱۲) حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، سید صادق، منهاج الفقاهه، قم، انوار الہدی، ج ۶.
- (۱۳) حسینی روحانی، سید محمد، ۱۴۲۰ق، المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخیارات، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دارالجللی)، ج ۲.
- (۱۴) خورسندیان، محمدعلی و محمدی بصیر، فرهاد، ۱۳۹۶ش، «الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی»، دو فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، ۲۲ (۷۹ و ۸۰).
- (۱۵) دفتر خدمات حقوقی، ۱۳۶۷ش، «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا (مورخ ۱۹۸۰)»، مجله حقوقی، ۱۰ (۹).
- (۱۶) الذنون، حسن علی، ۱۹۷۶م، النظریة العامه للألتزامات، بغداد، المكتبة القانونیه.
- (۱۷) الذنون، حسن علی، ۱۹۴۶م، النظریة العامه للفسخ فی الفقه الاسلامی و القانون المدنی دراسه مقارنه، القاہرہ، مطبعة نهضة مصر.
- (۱۸) رشتی، میرزا حبیب الله، ۱۴۰۷ق، فقه الإمامیة، قسم الخیارات، قم، کتابفروشی داوری، ج ۱.
- (۱۹) سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ق، مهذب الأحكام، قم، مؤسسه المنار، ج ۴، ج ۱۹.
- (۲۰) سید مرتضی، علی بن حسین، ۱۴۱۵ق، الانتصار فی انفرادات الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱.
- (۲۱) الشرقاوی، محمود سمیر، ۲۰۰۱م، العقود التجاریه الدولیه، دراسه خاصه لعقد البیع الدولی للبضائع، القاہرہ، دارالنهضة العربیہ.
- (۲۲) شفیق، محسن، ۱۹۸۸م، اتفاقیه الامم المتحدہ بشأن البیع الدولی للبضائع، دراسه فی قانون التجاره الدولی، القاہرہ، دارالنهضة العربیہ.
- (۲۳) شهیدی، مهدی، ۱۳۸۷ش، حقوق مدنی ۶، تهران، انتشارات مجد، ج ۹.





- (۲۴) شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳ش، حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۲، ج ۳.
- (۲۵) شهید اول، محمد بن مکی عاملی، ۱۴۱۰ق، اللعنة الدمشقية فی فقه الإمامیه، بیروت، دار التراث-الدار الإسلامية، چ ۱.
- (۲۶) شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲، ج ۳.
- (۲۷) شیخ طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، تهذیب الأحکام، تهران، دار الکتب الإسلامية، چ ۴، ج ۷.
- (۲۸) شیروی، عبدالحسین، ۱۳۷۷ش، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱ (۱).
- (۲۹) شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۶ش، حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال، تهران، سازمان مطالعه و تدوین علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی.
- (۳۰) شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چ ۱، ج ۵.
- (۳۱) شیخ طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چ ۳، ج ۲.
- (۳۲) صادقی نشاط، امیر، ۱۳۸۸ش، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، دوره ۳۹، شماره ۴.
- (۳۳) صفایی، سید حسین، ۱۳۸۵ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، چ ۲.
- (۳۴) صفایی، سید حسین، کاظمی، محمود، عادل، مرتضی و میرزائزاد، اکبر، ۱۳۹۲ش، حقوق بیع بین المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- (۳۵) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۹ق، العروة الوثقی (المحشی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۵.





- (۳۶) عبدالحمید، خالد احمد، ۲۰۰۲م، «فسخ عقد البيع الدولي وفقاً لإتفاقيه فيينا لعام ۱۹۸۰»، مذکر لنیل درجه الدكتوراه فی الحقوق، کلیه الحقوق، جامعه القاهرة.
- (۳۷) عجیل، طارق کاظم، ۲۰۱۳م، المطول فی شرح القانون المدني، دراسه معمقه و مقارنه بالفقه الغربی و الاسلامی، بیروت، مکتبه زین الحقوقیه، ج ۳.
- (۳۸) عسگری، جعفر، اسماعیلی، محسن، ۱۳۹۴ش، «رابطه طولی یا عرضی حق اجبار و حق فسخ در اثر تخلف از شرط»، دانشنامه حقوق مدنی، ۴ (۲).
- (۳۹) علامه حلّی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۱، ج ۱۰.
- (۴۰) قاسم زاده، سیدمرتضی، ۱۳۹۳ش، حقوق مدنی، عقد بیع و شروط و خيارات، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- (۴۱) قاسم زاده، سیدمرتضی، ره پیک، حسن و کیایی، عبدالله، ۱۳۸۴، تفسیر قانون مدنی، اسناد، آراء و اندیشه های حقوقی، تهران، سمت.
- (۴۲) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۷، ج ۱.
- (۴۳) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶ش، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۴، ج ۳.
- (۴۴) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸ش، دوره عقود معین، حقوق مدنی، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ج ۱، ج ۷.
- (۴۵) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱۱.
- (۴۶) کاشف الغطاء، علی بن جعفر، ۱۴۲۲ق، شرح خيارات اللمعه، قم دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- (۴۷) کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ج ۴، ج ۵.
- (۴۸) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ۲۰۱۱م، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، نیویورک، الأمم المتحدة.





(۴۹) مامقانی، عبد الله، ۱۳۵۰ق، نهاییه المقال فی تکمله غایه الآمال، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، چ ۱.

(۵۰) مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۸ق، انوار الأصول، ج ۲، قم، بی نا.

(۵۱) موسوی خویی، سید محمد تقی، ۱۴۱۴ق، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت، دار المؤرخ العربی، ج ۱.

(۵۲) موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۹ق، القواعد الفقهیه، ج ۳، قم، نشر الهادی.

(۵۳) موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ج ۵.

(۵۴) موسوی خویی، سید ابو القاسم، بی تا، مصباح الفقاهه، ج ۷، بی نا، بی جا.

(۵۵) موسوی خویی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم، نشر مدینه العلم، چ ۲۸، ج ۲.

(۵۶) موسوی خویی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۸ق، موسوعه الإمام الخوئی، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، چ ۱، ج ۳۰.

(۵۷) المياحي، فوزی کاظم، ۲۰۱۵م، انحلال العقد الفسخ و الاقاله فی القانون المدني العراقي، بغداد، نشر و توزیع مکتبه صباح.

(۵۸) وایت تیکر، سیمون، ۱۳۸۵ش، اصول قراردادها در حقوق فرانسه، مترجم حسن ره پیک، تهران، انتشارات خورسندی، چ ۱.

(۵۹) هانولد، جان او.، ۱۳۹۴ش، حقوق متحدالشکل بیع بین المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد، ترجمه مافی، همایون، امیرخان، نارك، تقدیر، محمد

کاظم، جمشیدی، مادح و حسینی مدقق، سید عقیل، تهران، انتشارات مجلد، چ ۱.

60) Bénabent, Alian et Aynès, Laurent, (2016), Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu general, Recueil Dalloz.

61) Bénabent, Alian, (1995), Droit civil, les obligations, Montchrestien, 5^o éd.

62) Delebecque, Philippe et Pansier, Frédéric-Jérôme, (2016), Droit des obligations, Paris: Lexis Nexis, 7^e éd.

63) Do Carmo Silva, Jean-Michel, (2016), Les consécrationes et changements opérés par la réforme du droit des contrats, , Available at: https://www.village-justice.com/articles/IMG/pdf_synthese_reforme_droit_contrat_2016.pdf (last visited: 2/1/2019)



- 64) Doka Boura, Aude, (2017), Le juge du contrat et la clause résolutoire, Université de Nantes, Français.
- 65) Huber, Peter & Mullis, Alastair, (2007), The CISG A new textbook for students and practitioners; Germany: Sellier. European law publishers.
- 66) Larroumet, Christian, (2007), Droit Civil, T. III, les obligations, le contrat, 2e partie, effets, Paris. Economica, 6 éd.
- 67) Magnus, Ulrich, (2005), "The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases". Journal of Law and Commerce, vol. 25
- 68) Malaurie Ph. et Aynès L., (1995), Cours de Droit Civil, T. 5, les obligations, Paris: Éditions Cujas, 6° éd.
- 69) Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.
- 70) Saidani, Hariz, (2016), La rupture du contrat. Droit. Université de Toulon, Français.
- 71) Terré, François, (2016), La réforme du droit des obligations, Paris: Éditions Dalloz.
- 72) weill, Alex et Terré, François, (1980), Droit Civil, les obligations ; Paris: Dalloz, 3° éd.

