

An Investigation into Termination of Contract as a Remedy in Islamic Law and International Documents (A comparative study)

Mohammad Mahdi Masoumi¹

Received: 05/12/2020; Accepted: 27/08/2022 Mohammad Salehi Mazandarani²

Abstract

Termination is one of the remedies, or otherwise said warrants, available to the reprieved party in the event that a contract is breached. Employing a descriptive-analytical method, the present study investigates such a remedy as provided in Imamiyah jurisprudence, as well as Iran and international legal documents. The concept is celebrated across the legal systems, yet there are certain differences inherent to it in Islamic law and international documents. Vehemently stipulated in the Imamiyah, it is incumbent upon the obliged party to perform the subject of a contract, hence, a right to termination of the contract is not reserved. Rooted in Imamiyah jurisprudence, Iran's law of contracts enshrines the performance of the obligation in the first place, and a right to terminate the contract should the possibilities for the coercion upon the obliged party be rare. Contrary to Iran's law in which the right to termination falls subsequent to performance of an obligation, the two are accessible alongside each other for the obliged party to choose from in the international legal documents. In other words, as for the termination of the contract, there is no need for a request earlier to (non)performance of the obligation.

Key words: Remedy, Termination of Contract, Performance of the Obligation, International Legal Documents, Islamic Law.



1 Assistant Professor, Department of Law, Kashan-based Islamic Azad University, Kashan, Iran (Mmmmasoumi14@gmail.com).

2 Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom.



مقدمه

خاتمه دادن به قرارداد یکی از شیوه های جبران خسارت یا ضمانت اجراهایی است که در فرض نقض تعهدات قراردادی، متعهد له می تواند به آن توسل جوید. به عبارت دیگر در مواردی که متعهد از اجرای تعهدات قراردادی خویش خودداری می نماید یکی از ضمانت اجراهایی که متعهد له از امکان تمسک به آن برخوردار است خاتمه دادن یا فسخ قرارداد می باشد.

این روش در فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین المللی یعنی اصول قراردادهای تجاری بین المللی، اصول حقوق قرارداد اروپایی و کنوانسیون بیع بین المللی کالا مورد تصریح قرار گرفته است.

مقصود از شیوه های جبران خسارت^۱، طرق و شیوه هایی است که توسط مقنن در نظر گرفته شده تا در فرض نقض مفاد قرارداد، متعهد له به آن ها تمسک نماید، مانند الزام به اجرای تعهد، فسخ قرارداد و جبران خسارت پولی.

قانون مدنی در خصوص موضوع مورد بحث از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی نموده است یعنی با عنایت به وحدت ملاک ماده (۲۳۹) قانون مذکور، متعهد له در صورتی از حق فسخ قرارداد برخوردار است که امکان الزام متعهد به اجرای تعهد وجود نداشته باشد. لذا از این جهت با مقررات مربوطه در اسناد بین المللی متفاوت است.

در عصر حاضر با توجه به افزایش چشمگیر روابط حقوقی در موارد بسیاری ممکن است افراد با تاخیر در اجرا یا عدم اجرای تعهدات قراردادی توسط متعهد مواجه گردند که اغلب موارد از امکان فسخ قرارداد برخوردار نیستند، لذا ضروری است که امکان توسل به





این شیوه جبران خسارت در حقوق داخلی نیز همچون اسناد بین المللی آسان تر شود تا در نتیجه، متعهد له بتواند از این طریق از آثار و تبعات ناشی از بدعهدی متعهد رهایی یابد. به طور کلی هریک از شیوه های جبران خسارت باید به نحوی برای متعهدله در نظر گرفته شود که عدالت رعایت شده و منجر به « دارا شدن ناعادلانه »^۱ نگردد. به عبارت دیگر در این عرصه لازم است حقوق طرفین با در نظر گرفتن حد اعتدال رعایت شود. (Frey & coworkers, 2007: 160).

۱- مفهوم نقض قرارداد^۲ و خاتمه دادن به آن

نقض در معنای لغوی، شکستن عهد و پیمان یا عهدشکنی است. (معین، ۱۳۸۷: ۱۱۶۹، عمید، ۱۳۸۹: ۸۱۱) در اصطلاح، منظور از نقض قرارداد، خودداری از اجرای مفاد قرارداد یا تاخیر در اجرای آن است. به عبارت دیگر، هرگاه متعهد، تعهدات قراردادی خویش را اجرا ننماید و یا با تاخیر و خارج از موعد به اجرای آن مبادرت ورزد قرارداد را نقض نموده است.

ماده (۷-۱-۱) اصول قراردادهای تجاری بین المللی نقض قرارداد یا عدم اجرای تعهدات قراردادی را تعریف نموده و مقرر می دارد: « عدم اجرای تعهد عبارت است از کوتاهی یک طرف در اجرای هر یک از تعهدات قراردادی اش که شامل اجرای معیوب و ناقص یا همراه با تاخیر نیز می شود.»

خودداری از اجرای قرارداد ممکن است ناظر به اجرای بخشی از آن باشد. در این حالت اگر موضوع تعهد قابل تجزیه باشد مانند پرداخت پول، مسئولیت بدهکار در مورد آن بخش که اجرا شده است از بین رفته و نسبت به بخش اجرا نشده همچنان باقی می ماند اما اگر تعهد غیر قابل تجزیه باشد اجرای بخشی از آن برای متعهد مفید فایده نخواهد بود و متعهد له این حق را دارد که خسارت عدم انجام تمام تعهد را از وی دریافت نماید. بنابراین



1 Unjust Enrichment

2 Breach of contract



اجرای بخش تجزیه ناپذیر عقد در حکم خودداری از اجرای تمام آن است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۴: ۱۵۹)

در برخی اسناد بین المللی اصطلاح نقض اساسی قرارداد^۱ بکار رفته است. ماده (۲۵) کنوانسیون بیع بین المللی کالا در مقام تعریف آن بیان داشته: «نقض قرارداد توسط یکی از اصحاب دعوا هنگامی اساسی محسوب می شود که منجر به ورود آن چنان خساراتی به طرف دیگر شود بنحوی که به طور عمده ای او را از آن چه که استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است محروم نماید.»

نقض احتمالی^۲ یا قابل پیش بینی قرارداد، موضوع دیگری است که در مقررات بین المللی به آن اشاره شده و در مقابل نقض واقعی قرارداد قرار می گیرد. بند (۱) ماده (۷۱) کنوانسیون بیع بین المللی در این زمینه بیان نموده: «اگر بعد از انعقاد قرارداد آشکار شود که یکی از طرفین به علل ذیل بخش معظمی از وظایف خود را انجام نخواهد داد، طرف دیگر قرارداد می تواند اجرای تعهدات خود را معلق نماید: الف - نقصان فاحش در توانایی یا اعتبار مالی متعهد برای ایفاء قرارداد؛ یا ب- نحوه رفتار متعهد در تمهید و تدارک ایفاء قرارداد یا اجرای آن.»

ماده (۷-۳-۴) اصول قراردادهای تجاری بین المللی اشعار می دارد: «در صورتی که پیش از تاریخ اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین آشکار باشد که عدم اجرای اساسی تعهد از سوی آن طرف محقق خواهد شد، طرف دیگر می تواند به قرارداد خاتمه دهد.» در قوانین ایران بحث نقض احتمالی یا قابل پیش بینی قرارداد مورد توجه قرار نگرفته و قانونگذار صرفاً برای نقض واقعی و قطعی قرارداد، ضمانت اجرا قائل شده است. طبق ماده (۲۲۶) قانون مدنی در مورد عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از طرفین قرارداد، طرف دیگر در صورتی می تواند مطالبه خسارت نماید که مدت مقرر شده جهت اجرای تعهد منقضی شده باشد و اگر برای اجرای آن مدتی مقرر نشده باشد، وقتی خواهد



1 Fundamental breach
2 Anticipatory breach



توانست ادعای خسارت کند که اختیار موقع انجام تعهد با او بوده و ثابت نماید که اجرای تعهد را مطالبه کرده است.

در خصوص مفهوم خاتمه دادن به قرارداد یا فسخ آن باید گفت فسخ^۱ در لغت به معنای، گسستن، شکستن، جدا جدا کردن، زائل نمودن و نقض کردن چیزی است. (ابن عباد، ۱۴۱۴: ۲۶۹؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۴۲۹)

در اصطلاح حقوقی، فسخ قرارداد عبارت است از: «پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث. بنابراین، فسخ را می‌توان یکی از اسباب سقوط تعهد به شمار آورد.» (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۹۴)

خاتمه دادن به قرارداد به وسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث به موجب یکی از اختیارات پیش بینی شده در قانون صورت می‌پذیرد. «خیار در لغت به معنی اختیار است و در اصطلاح حقوقی، اختیاری است که به موجب قانون برای فسخ قرارداد به یکی از طرفین قرارداد یا هر دو یا شخص ثالثی داده شده است.» (صفایی، ۱۳۸۷: ۲۷۲) برخی از فقهاء در تعریف آن آورده اند: «خیار حقی است که مقتضی آن تسلط بر فسخ عقد است» (روحانی، بی تا، ۲: ۵۹) و نیز بیان نموده اند: «خیار یعنی اختیار برهم زدن معامله» (شعرانی، ۱۴۱۹: ۲۵۰)

فسخ، ماهیتاً یکی از ایقاعات است که با قصد انشاء دارنده ی حق فسخ محقق می‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۰۹) در تعریف اصطلاحی ایقاع باید گفت: «انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود. در برابر عقد که اثر حقوقی مطلوب آن نتیجه ی تراضی است و با یک انشا تحقق نمی‌یابد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۳۸). ایقاع ممکن است لازم یا جائز باشد ولی غالباً جائز است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۰۰)

فقهاء در تعریف ایقاع فرموده اند: «صیغه ای است که اثر آن با یک انشاء مترتب می‌شود.» (شهیدثانی، ۱۴۱۴: ۱۴۵) و نیز بیان نموده اند: «ایقاع، عبارت است از صیغه شرعی که کفایت می‌کند در آن ایجاب فقط، و مترتب می‌شود بر آن صیغه، قطع وصلتی یا نقل





ملکی یا استحقاق حقی یا استحقاق عقوبتی یا سقوط عقوبت و حقی، مثل طلاق و رجعت وظهار و ایلاء و لعان و عتق و تدبیر و ایمان و نذر و عهد و شفعه» (انصاری، ۱۴۲۱: ۲۵)

۲- امکان خاتمه دادن به قرارداد در حقوق ایران

هرگاه متعهد از اجرای تعهد خودداری نماید و الزام وی به اجرای آن نیز غیر ممکن و نامقدور باشد، متعهدله می تواند قرارداد مزبور را خاتمه دهد تا بدین وسیله از استمرار ورود خسارت به خویش جلوگیری نماید. به علاوه در مورد شرط فعل نیز چنان چه مشروط علیه از وفای به شرط تخلف نماید و اجبار و الزام وی به اجرای متعلق شرط غیر ممکن بوده و از جمله اعمالی باشد که شخص دیگری نیز قادر به انجام آن نباشد، مشروط له حق فسخ یا خاتمه دادن به قرارداد را خواهد داشت.

«طبق ماده (۲۳۷) قانون مدنی کسی که ملتزم بانجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله میتواند بحاکم رجوع نموده تقاضای اجبار بوفای شرط را بنماید». ماده مزبور متابعت از نظریه مشهور فقهاء نموده است. قول غیر مشهور بر آن است که در صورت تخلف فقط مشروط له میتواند عقد اصلی را فسخ نماید و نمیتواند اجبار مشروط علیه را بخواهد. (امامی، بی تا: ۲۹۰) به عبارت دیگر مشهور از فقها و حقوقین امامیه معتقدند که اجبار او لازم است و تا زمانی که اجبار مشروط علیه بر انجام شرطش میسر است نوبت به فسخ اصل معامله نمی رسد. (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۰۴)

با توجه به مواد (۲۳۹)، (۲۳۸)، (۲۳۷) و (۲۲۰) قانون مدنی الزام متعهد به اجرای تعهد با تمسک به اقدام مستقیم اجرایی بر سایر طرق مقدم بوده و دارای اولویت است. یعنی با فرض امکان الزام متعهد به اجرای تعهد اصلی نوبت به سایر طرق اعم از خاتمه دادن به قرارداد نمی رسد و متعهد مکلف به انجام تعهد اصلی است لیکن در صورت غیرمقدور بودن توسل به این شیوه، باید از سایر طرق بهره جست.

در خصوص مبنای این حکم در حقوق داخلی می توان گفت با توجه به تقدم شیوه های جبران عینی، الزام به اجرای تعهد از طریق اقدام مستقیم، موجب می شود آن چه





مطلوب متعهدله است صورت پذیرفته و به هدفش نائل گردد و دقیقا در وضعیتی قرار گیرد که در صورت اجرای اختیاری از جانب متعهد، در همان وضعیت قرار می گرفت.

بنابراین به نظر می رسد، با توجه به وحدت ملاک ماده فوق الذکر می توان گفت، در تمامی مواردی که متعهد از اجرای تعهدات قراردادی خویش خودداری می نماید و الزام وی به اجرای تعهد نیز به هیچ وجهی ممکن و مقدور نیست، متعهدله حق خاتمه دادن به قرارداد را خواهد داشت. به عبارت دیگر در فرض عدم امکان الزام متعهد به اجرای تعهد، فسخ قرارداد مورد استفاده متعهدله قرار می گیرد.

ماده (۲۴۲) قانون مدنی نیز موید همین مطلب است. براساس این ماده، هرگاه شخصی متعهد شود که مالی را رهن دهد در فرض تلف مال مزبور چون اجرای تعهد و الزام به آن غیر ممکن می شود متعهدله اختیار فسخ پیدا می کند. لیکن اگر بعد اجرای تعهد یعنی پس از آن که متعه له مال را به رهن گرفت، مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ برای وی متصور نیست چراکه شخص متعهد تعهدش را اجرا نموده و دلیلی برای فسخ نیست.

در خصوص اینکه آیا در صورت صرف خودداری طرف قرارداد از اجرای تعهد، می توان قرارداد را فسخ کرد یا خیر، باید گفت «در حقوق بسیاری از کشورها، هرگاه طرف قرارداد معوض از اجرای تعهد امتناع کند طرف دیگر می تواند بر این مبنا ابطال عقد را از دادگاه بخواهد منتها در حقوق بعضی از آن ها ابطال عقد به حکم دادگاه صورت می پذیرد و دادرس می تواند در خواست ابطال را بپذیرد یا رد کند (ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه) و در بعضی دیگر بعد از اثبات تاخیر در انجام تعهد، فسخ به اراده ی طرف قرارداد انجام می شود و دادگاه پس از احراز شرایط، آن را اعلام می کند (مواد ۳۲۶ و ۳۲۵ قانون مدنی آلمان - ماده ۱۰۷ تا ۱۰۹ قانون تعهدات سوئیس). در قانون مدنی ما چنین حقی برای طلبکار پیش بینی نشده است و جای این سوال باقی است که آیا از قواعد عمومی قراردادها می توان وجود چنین اختیاری را در عقود معوض استنباط کرد و همانند تعذر اجرای عقد، امکان فسخ قرارداد را به عنوان قاعده پذیرفت؟» (کاتوزیان، ۱۳۸۳ الف، ۳،

(۲۶۵):





در پاسخ باید افزود « برای اثبات وجود خیار فسخ ممکن است گفته شود در قراردادهای معوض ، معامله بر مبنای این شرط ضمنی قرار می گیرد که هر متعهد بهنگام ، وفای به عهد کند و دو تعهد با هم مبادله شود. پس اگر یکی از دو طرف از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد طرف دیگر به استناد خیار تخلف از شرط ضمنی ، حق فسخ عقد را دارد؛ بر عکس در تایید پاسخ منفی می توان استدلال کرد که در حقوق ما اصل ، لزوم قرارداد است. این حکم را در صورتی می توان از عقد برداشت که ضرری ناروا از آن برخیزد و لزوم جبران ضرر امکان فسخ عقد را توجیه کند. به بیان دیگر خیار فسخ راه حلی استثنایی است که به عنوان « بد ضروری » مورد استفاده قرار می گیرد نه برای سود مندی؛ جبران ضرر هنگامی ضرورت پیدا می کند که اجرای تعهد متقابل ممکن نباشد و تعادل قراردادی برهم بخورد. تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد امکان دارد این ضرورت (امکان فسخ) احساس نمی شود. ملاک ماده (۲۳۹) قانون مدنی بخوبی نشان می دهد که قاعده این است : طلبکار باید برای اجبار طرف قرارداد اقامه دعوی کند و تنها در صورتی می تواند آن را برهم زند که این اجبار ممکن نباشد و دیگری نیز نتواند به هزینه ی متعهد آن را اجرا کند.» (کاتوزیان ، ۱۳۸۳ الف ، ۳ : ۲۶۶-۲۶۵)

به عبارت دیگر، با عنایت به اینکه عقود منعقدہ بین طرفین ، لازم الاتباع بوده و متعهد، ملزم به رعایت مفاد آن است لذا بر اساس قاعده فقهی اصالة اللزوم در عقود ، اصل بر لزوم بوده و طرفین نمی توانند آن را به هم زنند و مکلف و ملزم به اجرای مفاد و تعهدات ناشی از آن هستند چنان که ماده (۲۱۹) قانون مدنی نیز به همین مسئله اشاره دارد. برخی از حقوقدانان نیز به این مطلب اشاره داشته و می گویند: «در حقوق ما ، اصل ، لزوم قرارداد است. این حکم را در صورتی می توان از عقد برداشت که ضرری ناروا از آن برخیزد و لزوم جبران ضرر ، امکان فسخ عقد را توجیه کند. تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد امکان دارد ، این ضرورت (امکان فسخ) احساس نمی شود.» (کاتوزیان، ۱۳۸۳ ب، ۴ : ۲۶۵)

بنابراین ممکن استدلال شود با وجود امکان اجبار متعهددلیلی برای ثبوت خیار برای متعهد له وجود نداشته باشد چرا که مهمترین دلیل جهت تجویز فسخ قرارداد ، قاعده





لاضرر است و این دلیل فقط در فرض عدم امکان اجبار قابل تمسک خواهد بود زیرا اگر متعهد از اجرای تعهدش خودداری کند و در عین حال امکان اجبار او نیز وجود نداشته باشد، لازم دانستن عقد و عدم جواز فسخ آن مستلزم ضرر بر متعهد له خواهد بود و در این جاست که با تمسک به قاعده لاضرر، حق فسخ برای وی به وجود می آید. بنابراین در فرض امکان اجبار متعهد، ضرری متوجه متعهدله نشده و نمی توان به استناد قاعده مذکور قائل به امکان فسخ قرارداد توسط وی بود.

قاعده ی فوق الذکر در مواردی با استثناء مواجه شده است. یعنی در مواردی استثنایی متعهد له حتی بدون اینکه بدوا الزام متعهد به اجرای تعهد را درخواست نموده باشد اختیار خاتمه دادن به قرارداد را دارد. این موارد عبارتند از ۱- ماده (۳۹۵) قانون مدنی در مورد تاخیر ثمن در عقد بیع: بر اساس این ماده، چنان چه مشتری از اجرای تعهد خویش مبنی بر پرداخت ثمن به بائع خودداری کند متعهدله یعنی بائع، مخیر است که معامله را فسخ نموده یا اینکه الزام مشتری به تادیه ثمن را تقاضا نماید. بنابراین بر خلاف قاعده مزبور، حتی بدون اینکه الزام به اجرای تعهد را تقاضا کرده باشد حق فسخ بیع را دارد.

۲- ماده (۴۹۶) قانون مدنی در عقد اجاره: ماده مزبور اشعار داشته: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستاجر از تاریخ تلف باطل می شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستاجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد» به موجب قسمت دوم این ماده چنان چه یکی از طرفین عقد اجاره نسبت به شروط قراردادی تخلف نماید مشروط له از تاریخ تخلف اختیار فسخ قرارداد را دارد. لیکن اینکه چنین حکمی در مورد تعهدات اصلی عقد اجاره نیز مجری باشد، یعنی در فرض عدم اجرای تعهدات اصلی عقد اجاره نیز متعهد له بدون تقاضای الزام متعهد به اجرای تعهد اختیار فسخ را داشته باشد محل اشکال است. چرا که ماده (۴۷۶) قانون مذکور بیان می دارد: «موجر باید عین مستاجر را تسلیم مستاجر کند و در صورت امتناع، موجر اجبار می شود و در صورت تعذر اجبار، مستاجر خیار فسخ دارد.» بنابراین طبق این ماده باید گفت قانونگذار در خصوص تعهدات اصلی عقد اجاره از قاعده پیروی کرده است. یعنی متعهد له ابتدا باید الزام متعهد به اجرای تعهد را بخواهد و در صورت عدم امکان اجبار حق فسخ قرارداد را دارد. چنان





که مواد (۴۹۲) و (۴۸۷) قانون مدنی نیز موید همین مسئله است. ولی در مورد تخلف از شروط مقرر شده بین طرفین عقد اجاره از قاعده عدول کرده و متعهد له بطور استثنایی از همان ابتدا اختیار دارد که قرارداد را به استناد این تخلف فسخ نماید. به نظر می رسد چنین تفکیکی بین تعهدات اصلی و شروط ضمن فاقد مبنای حقوقی و منطقی باشد چرا که شروط ضمن عقد نیز جزیی از آن محسوب می شوند و در این خصوص، ملاک، واحد است.

۳- ماده (۳۵۴) قانون مدنی در خصوص فروش مال از روی نمونه: بر اساس این ماده، چنان چه بایع از اجرای تعهد خویش مبنی بر تسلیم تمام مبیع مطابق نمونه خودداری نماید مشتری اختیار دارد که معامله را فسخ کند. یعنی در اینجا نیز لازم نیست که ابتدا الزام متعهد خواسته شود تا نوبت به فسخ رسد، بلکه بدو این امکان وجود خواهد داشت. از ظاهر ماده ی فوق بر می آید که شامل هر دو مبیع، معین و کلی می گردد و مختص کالای معین نیست. یعنی با عنایت به اطلاق ماده ی مزبور هر دو را شامل می شود. لیکن باید گفت: «اگر این ظاهر مبنا قرار گیرد، در مورد مبیع کلی، انحراف آشکار از قاعده است چرا که با وجود امکان اجبار فروشنده به تسلیم مبیع مطابق نمونه، خریدار حق فسخ پیدا می کند و مبنای این حق، تخلف طرف قرارداد است نه تعذر در تسلیم. ولی بیشتر نویسندگان حقوقی این ماده را ناظر به مبیع شخصی دانسته اند و در بیع کلی برای خریدار، در صورت تخلف فروشنده، حق خیار نمی شناسند و در نتیجه خریدار کالا تنها می تواند الزام فروشنده را به تسلیم مبیع بر طبق نمونه را بخواهد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ب، ۴: ۲۷۱).

در قوانین ایران حکم صریحی راجع به قابلیت و امکان جمع میان فسخ قرارداد و سایر شیوه های جبران خسارت به چشم نمی خورد. لیکن با عنایت به مواد (۲۳۰) و (۲۲۸) و (۲۲۱) قانون مدنی می توان گفت که امکان جمع شیوه های جبران خسارت به صورت ضمنی توسط قانونگذار پذیرفته شده است. بنابراین در این حالت متعهد به دلیل نقض مفاد قرارداد و عدم اجرای تعهدات مربوط به آن ملزم و مکلف به جبران خسارت است. یعنی متعهدله علاوه بر فسخ قرارداد اختیار مطالبه خسارت را نیز خواهد داشت. به عبارت دیگر متعهدله می تواند به طور همزمان این دو شیوه را اعمال کند. برخی اعتقاد دارند فسخ





قرارداد توسط متعهد له لازمه ی مطالبه خسارت است. به بیان دیگر ، پیش شرط اینکه متعهد له بتواند مطالبه خسارت نماید این است که ابتدا قرارداد را فسخ کند و سپس مطالبه خسارت نماید. (UNCTRAL Digest, 2012, 236).

در مقام عمل باید گفت در اغلب موارد جبران خسارت پولی شیوه ای است که پس از فسخ قرارداد ، متعهدله به آن تمسک می جوید. به عبارت دیگر در اکثر موارد متعهد له بعد از فسخ قرارداد ، جبران خسارت از طریق پرداخت پول به خویش را مطالبه می کند. روشی که در اسناد بین المللی مربوط به مسئولیت خارج از قرارداد نیز از اولویت برخوردار است.^۱

۳- امکان خاتمه دادن به قرارداد در فقه امامیه

فقها نیز بر اساس قاعده فقهی « اصله اللزوم » معتقدند که اصل بر لزوم عقد است و طرفین نمی توانند آن را خاتمه داده یا فسخ کنند و ملزم به اجرای تعهدات ناشی از آن هستند اولین فقیه امامیه که به این قاعده تمسک نموده علامه حلی می باشد ایشان در تذکره الفقهاء فرموده است : « اصل در بیع ، لزوم است ، زیرا شارع آن را وضع نموده که مفید انتقال مالکیت از بائع به مشتری باشد » (علامه حلی ، ۱۴۱۴ : ۶)

شهید اول در این خصوص می فرماید : « اصل در بیع ، لزوم است و همچنین در سایر عقود. و خارج می شود از اصل در مواضعی به علل خارجی » (شهید اول ، بی تا : ۲۴۲) شهید ثانی نیز می فرماید : « اصل در عقود ، لزوم است ، بنا به عموم قول خداوند متعال که فرموده « اوفوا بالعقود » و امتثال امر الهی محقق نمی شود مگر به صورت لزوم ، زیرا عقد جائز قطعا واجب الوفا نیست. » (شهید ثانی ، ۱۴۱۳ : ۴۳۳)

در فقه امامیه طبق نظر مشهور با فرض امکان الزام و اجبار متعهد به اجرای تعهد ، متعهد له حق فسخ قرارداد را نخواهد داشت. به عبارت دیگر متعهد له در ابتدا باید خواستار



1 Principles of European Tort Law, Article , 10: 101.



الزام متعهد به اجرای تعهد شود و در فرض تعذر اجبار و الزام متعهد است که از خیار فسخ برخوردار می‌گردد.

شیخ انصاری در این خصوص می‌فرماید: « بنا به ظاهر نظر مشهور ، مشروط علیه اگر امتناع کند ، اجبار به انجام شرط می‌گردد.» (انصاری ، ۱۴۱۵: ۶۶) و در ادامه ی بحث این سوال را مطرح می‌نماید: « در صورت تمکن از اجبار متعهد (مشروط علیه) آیا برای متعهد له حق فسخ وجود دارد ؟ به این صورت که مخیر بین فسخ و اجبار شخص متعهد باشد ؟ و در جواب می‌فرماید : ظاهر کتاب الروضه البهیه و اعتقاد عده ای دیگر نظر دوم است) یعنی با تمکن از اجبار متعهد ، حق فسخی برای متعهدله له نیست) و موضع صریح علامه حلی در تذکره الفقهاء نظر اول است. (یعنی حتی با تمکن از اجبار متعهد ، متعهد له حق فسخ دارد. به عبارت دیگر طبق این نظر در فرضی که اجبار و الزام متعهد ممکن باشد ، متعهد له مخیر بین فسخ و الزام است (انصاری ، ۱۴۱۵: ۷۱) و در ادامه بیان داشته : « من دلیل و مستندی برای ثبوت خیار در صورت تمکن از اجبار متعهد نیافتم. زیرا مقتضی عقد ، عمل کردن طبق تعهدات قراردادی است ، اختیار یا اجبار ؛ این فقیه بزرگوار در نهایت نظر مشهور را اختیار نموده و می‌فرماید : « نظر مختار ، عدم خیار فسخ (عدم حق خاتمه دادن) است مگر در صورت تعذر اجبار.» (انصاری ، ۱۴۱۵: ۷۲)

علت اینکه شیخ انصاری می‌فرماید « دلیلی برای ثبوت خیار در صورت تمکن از اجبار متعهد نیافتم » این است که ثبوت خیار ، دلیلی جز قاعده لاضرر نداشته و این دلیل تنها در فرض عدم امکان اجبار مجالی برای عرض اندام می‌یابد. زیرا اگر متعهد از اجرای تعهدش خودداری کند و در عین حال امکان اجبار او نیز وجود نداشته باشد ، لازم دانستن عقد و عدم جواز فسخ آن ، مستلزم ضرر بر مشروط له خواهد بود و در این جاست که با تمسک به قاعده لاضرر ، حق فسخ برای وی ثابت می‌شود. لیکن در صورتی که امکان الزام و اجبار متعهد وجود دارد ضرری متوجه متعهد نشده و نمی‌توان به استناد قاعده مزبور قائل به ثبوت حق خاتمه دادن به قرارداد شد. (فخارطوسی ، ۱۳۷۵: ۱۸۰)

هرچند شیخ انصاری نظر مشهور را به شهید ثانی در الروضه البهیه نسبت داده است ولی نظر وی در این کتاب خلاف نظر مشهور است چرا که در خصوص شرط فعل می‌فرماید: «





بر مشروط علیه انجام شرط ، واجب و لازم نیست بنا به اصل عدم و فایده ی شرط صرفا آن است که عقدی که شرط در ضمن آن قرار گرفته ، حالت لزوم خود را از دست می دهد و برای مشروط له این اختیار را به وجود می آورد که در صورت عدم انجام شرط ، عقد را فسخ کند. « (شهیدثانی ، ۱۴۱۰: ۵۰۶) بر اساس این نظر ، مشروط له از زمان تخلف مشروط علیه از انجام شرط ، صرفا حق فسخ دارد و امکان اجبار مشروط علیه به انجام متعلق شرط وجود ندارد.

اما این فقیه بزرگوار در مسالک الافهام نظر مشهور را پذیرفته و بعد از بیان نظر اول (همان که در کتاب الروضه آورده) می فرماید : « نظر دیگر وجوب وفاء به شرط و عدم تسلط مشروط له بر فسخ است مگر در صورت تعذر تحصیل شرط ، بنا به عموم امر به وفای به عقد و روایت المومنون عند شروطهم و این بهترین نظر است. پس بنابراین اگر مشروط علیه امتناع کند از وفا به شرط و اجبار او ممکن نباشد از طریق حاکم اجبار می شود و اگر اجبار متعذر شد ، متعهد له می تواند فسخ کند.» (شهیدثانی ، ۱۴۱۳: ۲۷۴)

در این زمینه صاحب جواهر می فرماید : « ظاهر بر ثبوت خیار است در حالت تعذر اجبار متعهد (مشروط علیه) بنا به حدیث ضرار و روایت ابی جارود از امام باقر علیه السلام که فرمود : «إن بعت رجلا علی شرط، إن أتاک بمالک، و إلا فالبیع لک». زیرا مراد از آن لزوم شرط بر مشروط علیه است و اصلا سخنی از ثبوت خیار نشده است. و در ادامه می گوید : علی کل حال در بیع مملوک که شرط شده مشتری آن را آزاد کند اگر اجبار مشتری به آزاد کردن مملوک متعذر شود برای بایع خیار در فسخ وجود دارد.» (نجفی ، ۱۴۰۴: ۲۱۹). در واقع صاحب جواهر نیز ثبوت خیار برای متعهدله را با تمسک به قاعده لاضرر و برای جلوگیری از ورود ضرر به وی در فرض تعذر اجبار پذیرفته است.

مرحوم نراقی در این زمینه نظراتی را بیان کرده و در نهایت نظری که مطابق نظر مشهور است را پذیرفته و می گوید : « اگر مشروط علیه (متعهد) از انجام شرط امتناع کند بر آن اجبار می شود و اگر اجبار ممکن نباشد توسط حاکم اجبار می شود و برای هیچ یک از آن دو بدون تعذر شرط ، حق فسخ نیست مگر با رضایت طرف دیگر. پس اگر اجبار مشروط علیه متعذر شود در حکم تعذر تحصیل شرط است و خیار فسخ برای مشروط له ثابت می





شود. و جماعتی از فقهاء این نظر را پذیرفته اند از جمله شهید ثانی در مسالك و صاحب كفايه الاحكام ، بلکه در السرائر و غنيه بر آن ادعای اجماع شده است. وجوب وفاء مشروط عليه به شرط ، از ادله وجوب وفاء به شرط استناد می شود و نیز عدم جواز فسخ استنباط می گردد به این دلیل که عقد لازم است. (نراقی ، ۱۴۱۷ : ۱۳۷-۱۳۶)

مرحوم كاشف الغطاء در این عنوان داشته : « شرط فعل تعلق می گیرد به فعلی از افعال احد متعاقدين مانند دوختن لباس ، طلاق دادن زوجه و ازدواج کردن با زنی و امثال آن و این واجب است بر مشروط عليه تکلیفاً برای وفای به آن ، و اگر انجام ندهد مجبور می شود و اگر انجام شرط متعذر شود ، خيار دارد.» (نجفی كاشف الغطاء ، ۱۴۲۳ : ۱۴۲)

صاحب العناوين الفقهيه نیز می گوید : « شرط ، واجب الوفا است مانند اصل عقد ، و ممتنع ، اجبار به آن می شود مانند آن چه در اصل عوضين است. و ظاهراً این نظر اكثر علمای اماميه است ، بلکه نظر مشهور است و بر آن حکایت اجماع شده است از ابن زهره در غنيه و و از ابن ادریس در السرائر و این دو ، اجماع را در این قضیه حجت دانسته اند و معتقد به فتوای اکثریت هستند مضافاً اینکه به عموم ادله وفای به شرط و عموم اوفوا بالعقود که دلالت دارد بر وجوب وفای به عقد مقید به شرط ، استناد کرده اند.» (مراغی ، ۱۴۱۷ : ۲۸۱)

بر خلاف نظر مشهور ، برخی از فقهاء همچون علامه حلی در تذکره الفقهاء (که ذکر آن گذشت) متعهدله را در فرض تمکن از اجبار متعهد ، مخیر بین خاتمه دادن به قرارداد و اجبار دانسته اند.

مرحوم مراغی پس از بیان نظر مشهور گفته است : « نظر دوم این است که شرط ، واجب الوفاء است و در صورت امتناع مشروط عليه از انجام شرط ، شرط کننده مخیر است بین اجبار و فسخ. و شاید دلیل این نظر این باشد که فوات شرط موجب ورود ضرر به صاحب آن می شود و بدین جهت می تواند مشروط عليه را اجبار به اداء آن نماید یا عقد را فسخ کند و به جهت اینکه ، دلیلی بر تعیین یکی از این دو وجود ندارد ، مخیر بین اجبار و فسخ است. و ادامه این دلیل را ضعیف شمرده و بیان می دارد : اگر امکان اجبار برای





گرفتن حقیقت را داشته باشد پس دلیلی برای فسخ عقد که شرعا محکوم به لزوم است وجود ندارد.» (مراغی، ۱۴۱۷: ۲۸۲)

سید یزدی در حاشیه المکاسب، اجبار به انجام تعهد و فسخ را در عرض یکدیگر دانسته و فرموده است: «مشروط له مخیر بین فسخ و اجبار است و اجبار، برای او اختیار دوم است و هنگامی که متعذر شود می تواند به حاکم رجوع کند. و نتیجه اینکه، حق او از شرط با امتناع ساقط نمی شود و با جواز فسخ نیز ساقط نمی شود پس برای او اختیار مطالبه است حتی بدون فسخ» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۱۲۹). در واقع استدلال این فقیه این است که با امتناع مشروط علیه از انجام شرط، مشروط له واجد دو حق است، اول اینکه به موجب تخلف از شرط، حق فسخ دارد و دیگر آن که به موجب ادله و جوب و فاء به شرط، حق اجبار را نیز داراست. در العروه الوثقی، در بحث مساقات نیز همین نظر را اختیار نموده و آورده است: «هنگامی که عامل (متعهد) ترک کند اجرای عقد را از ابتدا یا در اثناء آن، ظاهر این است که مالک (متعهدله) مخیر است بین فسخ یا رجوع به حاکم شرعی تا او را اجبار به انجام عمل کند.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۴۷)

برخی از فقهاء معاصر نیز بر خلاف نظر مشهور، حتی در فرض امکان اجبار قائل به ثبوت خیار برای متعهد له هستند. آیت الله خویی بیان می دارد: «هنگامی که مشروط علیه از انجام فعل شرط امتناع کند جایز است برای مشروط له که او را اجبار به انجام آن فعل نماید. و ظاهر این است که خیار او (حق فسخ) مشروط به تعذر اجبار نیست بلکه مشروط له با مخالفت مشروط علیه از انجام شرط، دارای خیار است و حتی با تمکن از اجبار نیز ملزم به رعایت آنچه شرط شده نیست.» (خویی، ۱۴۱۰: ۴۳)

آیت الله سید صادق روحانی می گوید: «حق این است که گفته شود شرط التزامی است که قوام آن به تقید عقد به آن (شرط) است. و التزام مستقل نیست و معنی تقید عقد به شرط این است که التزام به وفاء به عقد، معلق به تحقق شرط است، پس با امتناع از شرط، حق فسخ محقق و ثابت می شود. پس اظهر، ثبوت خیار حتی با تمکن از اجبار است.» (روحانی، ۱۴۲۹: ۳۰۴)





آیت الله سبحانی نیز قائل به ثبوت خیار در صورت قدرت بر اجبار است. و آورده: « آیا برای مشروط له حق فسخ است در صورت تمکن از اجبار ، به این صورت که مخیر بین آن دو باشد یا اینکه فسخ برای او جایز نیست مگر در صورت تعذر از اجبار ؟ ظاهر ، نظر اول است (حق فسخ حتی با امکان اجبار) زیرا تنها دلیل خیار در غیر آنچه نصی در مورد آن وارد شده ، بناء عقلاست. و خیار نزد عقلا مترتب می شود بر تخلف از شرط ، بر وجه اطلاق ، خواه اجبار ممکن باشد یا ممکن نباشد.» (سبحانی ، ۱۴۲۳: ۱۶۶)

بر مبنای نظر غیر مشهور فقهی که در فرض نقض تعهدات قراردادی توسط متعهد ، متعهدله را حتی در صورت تمکن از اجبار ، مخیر بین خاتمه دادن به قرارداد و اجبار دانسته ، جبران خسارت وارده به نحو شایسته ای فراهم می گردد. چرا که در این صورت متعهدله مجبور نیست تا ابتدا تقاضای الزام متعهد به اجرای قرارداد را بنماید و در این رهگذر متحمل استمرار نقض تعهدات گردد. به علاوه اختیار متعهدله در انتخاب خاتمه دادن به قرارداد یا الزام به اجرا با مقررات بروز و پیشرفته ی موجود در عرصه ی بین المللی هماهنگ بوده و با عدالت نیز سازگارتر است.

چنان که در ادامه خواهد آمد ، در مهمترین اسناد بین المللی نیز ، برخلاف حقوق ایران که الزام به اجرای تعهد و خاتمه دادن به قرارداد را در طول یکدیگر دانسته است ؛ همچون نظر غیرمشهور فقهاء ؛ حق الزام به اجرای تعهد و حق خاتمه دادن به قرارداد در عرض یکدیگر هستند یعنی متعهدله در توسل به هریک مخیر بوده و برای پایان دادن به قرارداد نیازی به تقاضای قبلی مبنی بر الزام متعهد به اجرای تعهد ندارد.

۴- امکان خاتمه دادن به قرارداد در اسناد بین المللی

در این قسمت امکان فسخ قرارداد توسط متعهدله به دلیل نقض تعهدات قراردادی از جانب متعهد ، در اسناد بین المللی مربوطه یعنی اصول قراردادهای تجاری بین المللی ، اصول حقوق قرارداد اروپایی و کنوانسیون بیع بین المللی کالا مورد بررسی قرار می گیرد.



۴-۱- خاتمه دادن به قرارداد در اصول قراردادهای تجاری بین المللی^۱

در ماده (۷-۳-۱) اصول قراردادهای تجاری بین المللی حق خاتمه دادن به قرارداد^۲ برای متعهد له پیش بینی شده است. بند (۱) ماده مذکور اشعار می دارد: « هر طرف می تواند به قرارداد خاتمه دهد، اگر کوتاهی طرف دیگر در اجرای یک تعهد بر طبق قرارداد، معادل با عدم اجرای اساسی تعهد باشد.» به علاوه در فرض تاخیر در اجرای تعهد نیز متعهد له می تواند در صورتی که طرف دیگر قبل از انقضای زمان مجاز شده از سوی متعهد له در اجرای تعهد کوتاهی کند به قرار داد خاتمه دهد. (بند ۳ ماده ماده مزبور) برخلاف حقوق ایران که الزام به اجرای تعهد و حق فسخ در طول یکدیگر هستند و متعهد له ابتدا باید تقاضای الزام به اجرای تعهد را نماید و چنان چه اجبار امکان پذیر نباشد حق فسخ قرارداد را خواهد داشت، در این اصول حق الزام به اجرای تعهد و حق خاتمه دادن به قرارداد در عرض یکدیگر هستند. یعنی جهت اینکه متعهد له از حق فسخ قرارداد برخوردار شود لازم نیست تا بدو تقاضای اجبار به انجام تعهد را نماید و در فرض تعذر اجبار بتواند به قرارداد خاتمه دهد، بلکه صرفا با کوتاهی متعهد در انجام تعهد که معادل با عدم اجرای اساسی آن تعهد باشد اختیار خاتمه دادن به قرارداد را خواهد داشت. به عبارت دیگر در فرض عدم اجرای تعهد، متعهد له در تقاضای الزام به اجرای تعهد و فسخ قرارداد مخیر خواهد بود.

امکان خاتمه دادن به قرارداد در این اصول منوط به دادن اخطار^۳ به طرف دیگر قرارداد است. ماده (۲-۷-۳) اصول قراردادهای تجاری بین المللی در این زمینه عنوان داشته است: « حق یک طرف برای خاتمه دادن به قرارداد، با دادن اخطار به طرف دیگر اعمال می شود.»

در حقوق ایران، فسخ قرارداد توسط متعهد له منوط به دادن اخطار قبلی به متعهد نیست و با وجود شرایط قانونی چنین اختیاری برای متعهد له متصور است. به علاوه طبق بند ۲ ماده



1 Principles of International Commercial Contracts

2 Right to terminate the contract

3 Notice of termination



فوق هرگاه متعهدله پس مدت متعارف از آگاهی نسبت به اجرای تعهد خارج از موعد، به متعهد جهت خاتمه دادن به قرارداد اخطار داده باشد امکان فسخ را خواهد داشت. لیکن در حقوق ما چنین حکمی وجود نداشته و اجرای قرارداد توسط متعهد حتی خارج از موعد، سبب می شود تا متعهد له از امکان فسخ قرارداد محروم شود. در این فرض وی تنها می تواند خسارت تاخیر در اجرای تعهد را مطالبه نماید. البته در تعهداتی که مقید به زمان است اجرای خارج از موعد به منزله عدم اجراست و متعهد له اختیار مطالبه خسارت عدم انجام تعهد را خواهد داشت.

در این اصول، عدم اجرای پیش بینی شده^۱، حق خاتمه دادن به قرارداد را برای متعهد له به وجود می آورد. در ماده (۷-۳-۳) آمده است: «در صورتی که پیش از تاریخ اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین، آشکار باشد که عدم اجرای اساسی تعهد از سوی آن طرف محقق خواهد شد، طرف دیگر می تواند به قرارداد خاتمه دهد.»

چنین مقرره ای در نصوص قانونی ما به چشم نمی خورد. حتی در فرض نقض تعهد نیز ابتدا متعهد له باید خواستار الزام به اجرا شود و در مرحله ی آخر است که می تواند متمسک به فسخ گردد. این امر ریشه در موازین فقهی دارد چرا که در فقه نیز با عنایت به اصل لزوم در قراردادها، موارد امکان فسخ، جنبه استثنایی داشته و تا حد امکان بر استحکام و لزوم قراردادها تاکید شده است. البته قانونگذار ما می تواند در مواردی که با توجه به قرائن و امارات، احتمال نقض قرارداد توسط متعهد وجود دارد راهکاری را جهت تضمین اجرا مقرر نماید لیکن اعطای حق فسخ به متعهد له در فرضی که هنوز نقض تعهد صورت نگرفته است امری خلاف عدالت است.

به موجب بند (۲) ماده (۷-۳-۵) اصول مزبور امکان جمع بین خاتمه دادن به قرارداد و مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی، صراحتاً مورد پیش بینی قرار گرفته است. بند ۲ مقرر داشته: «خاتمه دادن به قرارداد مانع از مطالبه خسارت به دلیل عدم اجرا نمی شود.» هر چند که در قوانین داخلی، امکان جمع میان فسخ قرارداد و مطالبه خسارت





صراحتاً بیان نشده است ولی با توجه به مواد مذکور در قانون مدنی تردیدی در این خصوص وجود ندارد.

۲-۴ - خاتمه دادن به قرارداد در اصول حقوق قرارداد اروپایی^۱

در این زمینه ماده (۳۰۳-۹) اصول مزبور بیان می دارد: « ۱- چنان چه عدم اجرای تعهدات توسط یکی از طرفین اساسی باشد، طرف دیگر می تواند قرارداد را فسخ کند. ۲- در مورد تاخیر در اجرای تعهد نیز، طرف دیگر ممکن است بر اساس بند (۳) ماده (۳۰۳-۹) (۸) اعطای مهلت اضافی به متعهد از سوی متعهدله و عدم اجرا در این زمان اضافی (قرارداد را فسخ کند» به علاوه در مواردی که تاخیر در اجرای تعهد اساسی نیست، اگر متعهدله خطاریه ای مبنی بر تعیین مدت زمان اضافی و متعارف به متعهد بدهد، با انقضای آن مدت می تواند قرارداد را فسخ نماید. (بند ۳ ماده ۳۰۳-۹-۸)

در این اصول نیز بر خلاف حقوق ایران، حق الزام به اجرای تعهد و حق فسخ قرارداد در عرض یکدیگر هستند یعنی جهت اینکه متعهدله از اختیار فسخ قرارداد برخوردار شود، لازم نیست تا بدوا تقاضای الزام متعهد به اجرای تعهد را نماید بلکه صرفاً با عدم اجرای تعهد، که اساسی محسوب شود، حق فسخ یا خاتمه دادن به قرارداد را خواهد داشت. به عبارت دیگر در صورت عدم اجرای اساسی تعهد و نیز تاخیر در اجرای تعهد متعهدله در توسل به الزام به اجرای تعهد و فسخ قرارداد مخیر است.

به موجب ماده (۳۰۳-۹) اختیار فسخ قرارداد، مشروط به دادن خطاریه ی فسخ قرارداد است. طبق بند (۲) این ماده طرف متضرر، حقی که برای فسخ قرارداد دارد را از دست می دهد مگر اینکه در مدت زمان متعارف پس از اطلاع از عدم اجرای تعهد توسط متعهد، خطاریه ای مبنی بر فسخ قرارداد به او بدهد لیکن در موردی که برای اجرای تعهد زمانی مقرر شده باشد و تعهد مزبور در این زمان اجرا نشود، دادن خطاریه فسخ، لازم نیست و بدون آن نیز امکان فسخ قرارداد وجود دارد. ولی در فرض تاخیر در اجرای تعهد مزبور، حق فسخ برای متعهدله منوط به دادن خطاریه است (بند ۳ ماده ۳۰۳-۹) بر این اساس باید





گفت ، در اصول حقوق قرارداد اروپایی اصولاً امکان فسخ قرارداد توسط متعهدله منوط به دادن اخطاریه فسخ به متعهد است. ولی در مواردی که زمان خاصی برای اجرای تعهد تعیین شده است ، عدم اجرای تعهد در زمان مقرر ، حق فسخ را برای متعهدله به وجود می آورد و نیازی به ارسال اخطاریه نیست.

به علاوه طبق ماده (۹-۳۰۴) در مواردی که قبل از فرا رسیدن موعد اجرای قرارداد توسط متعهد قراردادی ، مشخص باشد که عدم اجرای اساسی توسط او وجود خواهد داشت ، طرف دیگر می تواند قرارداد را فسخ نماید.»

چنین حکمی در قوانین ایران وجود ندارد. حتی در صورت نقض تعهدات قراردادی نیز متعهدله بدواً باید الزام و اجبار متعهد به اجرای تعهد را مطالبه کند و نهایتاً در فرض تعذر اجبار است که از اختیار فسخ قرارداد برخوردار می باشد. بنابراین به طریق اولی در مواردی که هنوز نقض مفاد قرارداد رخ نداده است امکان فسخ قرارداد برای متعهدله وجود ندارد. در نظر گرفتن حق فسخ برای متعهدله در حالتی که هنوز تعهدات قراردادی نقض نشده اند امری خلاف عدالت و مغایر با اهداف تحقق مسئولیت است. در چنین مواردی تمهید قانونگذار برای تضمین اجرای تعهد ، موثرتر از اعطای حق فسخ به متعهدله خواهد بود و موجب می گردد که حقوق طرفین به نحو شایسته رعایت گردد.

ماده (۸-۱۰۲) این اصول صراحتاً قابلیت جمع شیوه های جبران خسارت را مدنظر قرارداده و بیان داشته است : « شیوه های جبران خسارتی که در تعارض با یکدیگر نیستند می توانند ترکیب شوند، مخصوصاً شخص متضرر در صورتی که سایر شیوه های جبران خسارت را اعمال کند از حق اقامه دعوی برای جبران خسارت محروم نمی شود.» بر این اساس متعهدله از این حق برخوردار است که پس از فسخ قرارداد به جهت نقض تعهدات از جانب متعهد ، مطالبه خسارت نیز بنماید. (Lando, 2019: 362).



۳-۴ - خاتمه دادن به قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا^۱



برخی از حقوق دانان در خصوص خاتمه دادن به قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، به علت نقض مفاد قرارداد توسط متعهد، اصطلاح « لغو قرارداد » را بکار برده اند. صفایی و دیگران (۱۳۸۴ : ۲۷۴) و برخی دیگر از نویسندگان از اصطلاح « اجتناب از قرارداد » استفاده نموده اند (موسی پور ، ۱۳۹۴ : ۲۰) لیکن مقصود ، خاتمه دادن به قرارداد به عنوان شیوه جبران خسارت است ، اعم از اینکه ، لغو ، اجتناب یا فسخ نامیده شود.

طبق ماده (۴۹) کنوانسیون: « خریدار در موارد زیر می تواند اعلام نماید که قرارداد را فسخ کرده است : الف - در صورتی که عدم توفیق فروشنده در اجرای تعهداتش به موجب قرارداد یا این کنوانسیون ، نقض اساسی قرارداد محسوب شود ؛ یا ب- در صورت عدم تسلیم کالا ، چنان چه فروشنده ظرف مدت اضافی که مطابق پاراگراف اول ماده (۴۷) توسط خریدار تعیین شده است (مدت اضافی برای تسلیم کالا) کالا را تسلیم نکند یا اعلام نماید که کالای مزبور را در مدت تعیین شده تسلیم نخواهد کرد. » بنابراین ، خریدار در صورتی می تواند قرارداد را فسخ کند که اولاً عدم اجرای تعهد از جانب فروشنده نقض اساسی قرارداد تلقی شود و ثانیاً در فرض اعطای مهلت اضافی از جانب وی ، فروشنده در مهلت مزبور کالا را تسلیم ننموده یا عدم تسلیم را اعلام دارد.

همچنین در ماده (۶۴) کنوانسیون ، حق قسح قرارداد به علت عدم اجرای تعهدات از جانب خریدار ، برای فروشنده در نظر گرفته شده است که امکان اعمال این حق نیز مشروط به دو امر است. اول اینکه عدم اجرای تعهدات توسط خریدار ، نقض اساسی قرارداد محسوب گردد و دیگر اینکه خریدار ظرف مدت اضافی که فروشنده جهت تادیه ثمن یا قبض کالا به وی داده است (ماده ۶۳ کنوانسیون) ثمن مزبور را به وی پرداخت نکرده یا کالا را تحویل نگیرد یا عدم اجرای این موارد را اعلام نماید.



1 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)



در کنوانسیون مزبور، امکان فسخ قرارداد توسط هریک از بایع و مشتری، منوط به دادن اخطاریه ی فسخ قرارداد به طرف مقابل است. ماده (۲۶) کنوانسیون در این خصوص اشعار می دارد: «اعلام فسخ^۱ قرارداد فقط وقتی نافذ است که طی اخطاری به طرف دیگر بعمل آید.» بنابراین بر خلاف حقوق ایران که فسخ قرارداد نیازمند دادن اخطاریه فسخ به متعهد نیست، در کنوانسیون بیع بین المللی کالا فسخ قرارداد توسط متعهد له وقتی نافذ و واجد آثار حقوقی است که با ارسال اخطاریه ای به متعهد صورت پذیرد.

در این کنوانسیون نیز حق الزام به اجرای تعهد و حق فسخ قرارداد در عرض یکدیگر هستند. بنابراین برای اینکه متعهد له از حق فسخ قرارداد برخوردار شود لازم نیست تا بدو تقاضای اجبار به انجام تعهد را نماید و در صورت عدم امکان اجبار بتواند به قرارداد خاتمه دهد، بلکه صرفاً با احراز شرایط مذکور در کنوانسیون، اختیار فسخ قرارداد را خواهد داشت. در حقوق ایران، برخلاف کنوانسیون بیع بین المللی کالا الزام به اجرای تعهد و حق فسخ در طول یکدیگر اند و متعهد له ابتدا باید خواستار الزام متعهد به اجرای تعهد گردد و چنان چه اجبار امکان پذیر نباشد حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

به موجب بند (۲) ماده (۴۵) و نیز بند (۲) ماده (۶۱) کنوانسیون، امکان جمع بین شیوه های جبران خسارت مورد پیش بینی قرار گرفته است. بنابراین توسل به فسخ قرارداد توسط متعهد له، وی را از حق مطالبه خسارت محروم نخواهد ساخت. به عبارت دیگر متعهد له می تواند ضمن فسخ قرارداد، خسارت وارده به خویش را هم مطالبه کند. (Honnold, 2009: 382; Huber & Mullis, 2007: 335).

نتیجه گیری

با توجه به مواد (۲۳۹)، (۲۳۸)، (۲۳۷) و (۲۲۰) قانون مدنی، الزام متعهد به اجرای تعهد بر سایر طرق مقدم بوده و دارای اولویت است. یعنی با فرض امکان الزام متعهد به اجرای تعهد اصلی، توسل به خاتمه دادن به قرارداد یا فسخ آن غیر ممکن بوده و متعهد مکلف به





انجام تعهد اصلی است. به علاوه در مورد شرط فعل نیز، چنان چه مشروط علیه از وفای به شرط تخلف نماید و اجبار و الزام وی به اجرای شرط غیر ممکن بوده و از جمله اعمالی باشد که شخص دیگری نیز قادر به انجام آن نباشد، مشروط له حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

با عنایت به وحدت ملاک ماده (۲۳۹) قانون مدنی، در تمامی مواردی که متعهد از اجرای تعهدات قراردادی خویش خودداری می نماید و الزام وی به اجرای تعهد نیز به هیچ وجهی ممکن و مقدور نیست، متعهدله حق خاتمه دادن به قرارداد را خواهد داشت. لیکن با وجود امکان الزام متعهد به اجرای تعهد اصلی، نوبت به فسخ قرارداد نمی رسد. قاعده ی فوق الذکر در مواردی با استثناء مواجه شده است. یعنی در مواردی استثنایی متعهد له حتی بدون اینکه بدوا الزام متعهد به اجرای تعهد را درخواست نموده باشد، اختیار فسخ قرارداد را دارد. این استثنائات عبارتند از: ماده (۳۹۵) قانون مدنی (خیار تاخر ثمن)، ماده (۴۹۶) قانون مذکور (تخلف از شرایط اجاره) و ماده (۳۵۴)* این قانون (فروش مال از روی نمونه).

در فقه، طبق نظر مشهور با فرض امکان الزام و اجبار متعهد به اجرای تعهد، متعهد له حق خاتمه دادن به قرارداد را نخواهد داشت. لیکن بر خلاف نظر مشهور، برخی از فقهاء متعهدله را در فرض تمکن از اجبار متعهد، مخیر بین فسخ و اجبار دانسته اند. یعنی مشابه آن چه در اسناد بین المللی پیش بینی شده است. بنابراین بر مبنای نظر غیر مشهور فقهی، جبران خسارت وارده از طریق خاتمه دادن به قرارداد به نحو شایسته ای فراهم می گردد چرا که در این صورت متعهد له مجبور نیست تا ابتدا تقاضای الزام متعهد به اجرای قرارداد را بنماید و در این رهگذر متحمل استمرار نقض تعهدات توسط متعهد گردد.

در قانون مدنی بر خلاف اسناد بین المللی حکم صریحی راجع به قابلیت و امکان جمع شیوه های جبران خسارت قراردادی به چشم نمی خورد. لیکن با عنایت به مواد (۲۳۰)، (۲۲۸) و (۲۲۱) قانون مدنی می توان گفت که امکان جمع بین فسخ و مطالبه خسارت به صورت ضمنی توسط قانونگذار پذیرفته شده است.





برخلاف حقوق ایران که الزام به اجرای تعهد و حق خاتمه دادن به قرارداد در طول یکدیگرند، در اسناد بین المللی حق الزام به اجرای تعهد و حق پایان دادن به قرارداد در عرض یکدیگر هستند. یعنی جهت اینکه متعهد له از حق فسخ قرارداد برخوردار شود، لازم نیست تا بدوا تقاضای اجبار به انجام تعهد را نماید و در فرض تعذر اجبار بتواند به قرارداد خاتمه دهد، بلکه صرفا با کوتاهی متعهد در انجام تعهد، که معادل با عدم اجرای اساسی آن تعهد باشد، اختیار خاتمه دادن به قرارداد را خواهد داشت. به عبارت دیگر در فرض عدم اجرای تعهد، متعهدله در تقاضای الزام به اجرای تعهد و فسخ قرارداد مخیر خواهد بود. به علاوه امکان خاتمه دادن به قرارداد در اسناد مذکور منوط به دادن اخطار به طرف دیگر قرارداد است. در حالی که در حقوق ایران، فسخ قرارداد توسط متعهد له، منوط به دادن اخطار قبلی به متعهد نیست و با وجود شرایط قانونی چنین اختیاری برای متعهدله متصور است.

منابع

۱. ابن عباد، اسماعیل، ۱۴۱۴ق، المحيط فی اللغه، بیروت، عالم الکتاب، ج ۱، ص ۴.
۲. امامی، سید حسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۱.
۳. انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ج ۱، ص ۶.
۴. -----، ۱۴۲۱ق، صیغ العقود والایقاعات، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ج ۱.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۶۸ش، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۱۴.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۱۰ق، الصحاح - تاج اللغه و صحاح العربیه، بیروت، دار العلم للملایین، ج ۱، ص ۱.
۷. حلّی حسن بن یوسف (علامه ی حلّی)، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، قم، موسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۱، ص ۱۱.





۸. خویی ، سید ابوالقاسم ، ۱۴۱۰ق ، منهاج الصالحین ، قم ، نشر مدینہ العلم ، ج ۱، ج ۲.
۹. روحانی ، سید صادق ، ۱۴۲۹ق ، منهاج الفقاه ، قم ، انوار الہدی، ج ۵، ج ۶.
۱۰. ----- ، بی تا ، منهاج الصالحین ، بی تا، ج ۲.
۱۱. سبحانی ، جعفر ، ۱۴۲۳ق ، دراسات موجزہ فی الخیارات والشروط ، قم ، المركز العالمی للدراسات الاسلامیہ، ج ۱.
۱۲. شعرانی ، ابوالحسن ، ۱۴۱۹ق ، ترجمہ و شرح تبصرہ المتعلمین ، تہران ، منشورات الاسلامیہ، ج ۵، ج ۱.
۱۳. شہیدی، مہدی ، ۱۳۸۵ش ، اصول قرار دادها و تعہدات، تہران ، انتشارات مجد، ج ۱۴.
۱۴. صفایی ، سید حسین و سایر نویسندگان ، ۱۳۸۴ش ، حقوق بیع بین المللی کالا، تہران ، انتشارات دانشگاه تہران، ج ۱.
۱۵. صفایی ، سید حسین ، ۱۳۸۷ش ، قواعد عمومی قراردادها ، تہران ، بنیاد حقوقی میزان، ج ۶.
۱۶. طاہری ، حبیب اللہ ، ۱۴۱۸ق ، حقوق مدنی ، قم ، دفتر انتشارات اسلامی جامعہ مدرسین، ج ۲، ج ۲.
۱۷. طباطبائی یزدی ، سید محمد کاظم ، ۱۴۰۹ق ، العروہ الوثقی ، بیروت ، موسسہ الاعلمی للمطبوعات، ج ۲، ج ۲.
۱۸. ----- ، ۱۴۲۱ق ، حاشیہ المکاسب ، قم ، موسسہ اسماعیلیان، ج ۲، ج ۲.
۱۹. عاملی محمد بن مکی (شہید اول) ، بی تا ، القواعد والفوائد ، قم ، کتاب فروشی مفید، ج ۱، ج ۲.
۲۰. عاملی، زین الدین بن علی (شہید ثانی)، ۱۴۱۰ق ، الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ، قم، کتاب فروشی داوری، ج ۱، ج ۳.
۲۱. ----- ، ۱۴۱۳ق ، مسالک الافہام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۳ و ۱۰ ، ج ۱ ، قم ، موسسہ ی المعارف الاسلامیہ



۲۲. -----، ۱۴۱۴ق ، حاشیه الارشاد، قم ، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ج ۱.
۲۳. عمید، حسن، ۱۳۸۹ش ، فرهنگ فارسی عمید، تهران ، نشر اشجع، ج ۱.
۲۴. فخارطوسی ، جواد ، ۱۳۷۵ش ، درمحضر شیخ انصاری (شرح خیارات) ، قم ، نشر مرتضی، ج ۲، ج ۸.
۲۵. کاتوزیان ، ناصر ، ۱۳۸۳ش (الف) ، قواعد عمومی قراردادها، تهران ، شرکت سهامی انتشار، ج ۲، ج ۳.
۲۶. ----- ، ۱۳۸۳ش (ب) ، قواعد عمومی قراردادها، تهران ، شرکت سهامی انتشار، ج ۴، ج ۴.
۲۷. ----- ، ۱۳۹۰ش ، اعمال حقوقی، تهران ، شرکت سهامی انتشار، ج ۴.
۲۸. معین، محمد ، ۱۳۸۷ش ، فرهنگ فارسی معین ، تهران ، انتشارات فرهنگ نما، ج ۱.
۲۹. مراغی ، سید میر عبدالفتاح ، ۱۴۱۷ق ، العناوین الفقهیه ، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ج ۱، ج ۲.
۳۰. موسی پور، میثم ، ۱۳۹۴ش ، ترجمه کنوانسیون بیع بین المللی کالا ، بی چا ، بی نا (وبلاگ اندیشه های حقوقی)
۳۱. نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر) ، ۱۴۰۴ق ، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت ، دار احیاء التراث العربی، ج ۷، ج ۲۳.
۳۲. نجفی کاشف الغطاء، احمد بن علی ، ۱۴۲۳ق ، سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات، نجف ، موسسه ی کاشف الغطاء، ج ۱، ج ۳.
۳۳. نراقی، ملا احمد ، ۱۴۱۷ق ، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم ، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ج ۱.

33. European Union Studies Center, (2002), Principles of European Contract Law (PECL).

34. European Group on Tort Law (2009) Principles of European Tort Law.

35. Frey, M., & Frey, P. H. (2008). Introduction to the Law of Contracts. Thomson/Delmar Learning.

36. Honnold, J. (2009). Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention. Kluwer Law International BV.





37. Mullis, A., & Huber, P. (2007). The CISG: A new textbook for students and practitioners.
38. Institute of International Pour Iunification du Drout Prive (UNIDROUiT), (2014) Last updated, Principles of International Commercial Contracts.
39. Lando, O., & Beale, H. G. (Eds.). (2019). Principles of European contract law: Parts I and II. Kluwer Law International BV.
40. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. (2014). United Nations Commission on International Trade Law.
41. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, New York (2012), Retrieved from <http://www.uncitral.org/>.

References

1. Ibn Ebad, Ismail, (1994), Al-Muhit felloghat, Vol.4, NO.1, Published by Alam Al-ketab, Beirut.
2. Emami, Seyed Hasan, Civil law, Vol.1, Tehran, Islamic Publications.
3. Ansari, Morteza (Sheikh Ansari), (1995), Ketab Al-Makaseb (T- Al-Hadithah), Vol. 6, No. 1, International Congress on Commemoration of Sheikh Ansari, Qom.
4. Ansari, Morteza (Sheikh Ansari), (2001), Siyagh Al-Oqud, No.1, Published by Islamic Thought Forum.
5. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, (1989), Legal Terminology, No.14, Ganj Danesh Publication, Tehran.
6. Johari, Ismail ben Hammad, (1990), Al-Sehah Taj Al- Loghat, Vol.1, NO. 1, Published by Dar Al-elm Al-mlayin, Beirut.
7. Helli, Hasan ben Yusuf (Allameh Helli), (1994), Tazkerat Al-Foqaha (T- Al-Hadithah) Vol.11, No.1, Published by al Al-Bayt Institute.
8. Khoei, Seyed abul Al-Qasim, (1990), Menhaj Al-Salehin , Vol. 2, No.1, Madinah Al-elm Publication.
9. Rouhani, Seyed Sadeq, (2008), Menhaj Al-Feqaha, Vol.6, No. 5, Qom, Anwar Al-Hoda Publication.
10. Rouhani, Seyed Sadeq, Menhaj Al-Salehin, Vol. 2.
11. Sobhani, Jafar, (2003), Derasat mujezeh fi Al-Khiyarat va Al-Shorut, No.1, Published by Al-Markaz Al-Alami Le Derasat Islami.
12. Sharani, Abul Hasan, (1999), Sharh Tabsareh Al Motaalemin, Vol.1, No.5, Manshurat Al-Islamiye, Tehran.
13. Shahidi, Mehdi, (2006), Principles of Contracts and obligations, No.14, Majd Publications, Tehran.
14. Safai, Seyed Hossein and other authors, (2005), International Sale of Goods, No.1, University of Tehran Publications, Tehran.
15. Safai, Seyed Hossein, (2008), General Rules of Contracts, No.6, Published by Mizan Legal Foundation, Tehran.

16. Taheri, Habibullah, (1998), Civil Law, Vol. 2, No. 2, Published by the Islamic House of the Modaresin Society.
17. Tabatabaei Yazdi, Seyed Mohammad Kazem, (1989), Al-Orweh Al-Wosqa, Vol. 2, No. 2.
18. Tabatabai Yazdi, Seyed Mohammad Kazem, (1999), Hashiyeh Al-Makaseb, Vol. 2, No. 2.
19. Ameli, Mohammad Ben Makki (Shahid Avval), (????), Al-Qavaeed val-Faveed, Vol. 2, No.1.
20. Ameli, Zainal-Din ben Ali (Shahid Sani), (1990), Al-Rawzah Al-Bahiyyah fi Sharh Al-Lomah Al-Dameshqiyya, Vol. 3 No.1.
21. Ameli, Zainal-Din ben Ali (Shahid Sani), (1993), Masalek Al-Efham, Vols. 3 and 10, No.1.
22. Ameli, Zainal-Din ben Ali (Shahid Sani), (1994), Hashiyeh Al-Ershad, No.1, Published by the Islamic Preaching Office.
23. Amid, Hasan, (2010), Farhang Farsi Amid, No.1, Ashja Publication, Tehran.
24. Fakhartousi, Javad, (1996), In the Presence of Sheikh Ansari (Sharh Khiyarat), Vol. 8, No. 2, Mortaza Publication, Qom.
25. Katouzian, Nasser, (2004a), General Rules of Contracts, Vol.3, No. 2, Tehran Publishing Company.
26. Katouzian, Nasser, (2004b), General Rules of Contracts, Vol.4, No.4, Tehran Publishing Company.
27. Katouzian, Nasser, (2011), Juristic Acts, No. 4, Tehran Publishing Company.
28. Moin, Mohammad, Farhang Farsi Moin, (2008), No.1, Farhang Nama Publications, Tehran.
29. Maraghi, Seyed Mir Abdul-Fattah, (1997), Al-Anawin Al-Fiqhiyyah, Vol. 2, No.1, Published by the Islamic House of the Modaresin Society, Qom.
30. Musapour, Meysam, (2015), Translation of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (Legal Thoughts Blog).
31. Najafi, Mohammad Hasan (Saheb Jawaher), (1984), Jawaher al-Kalam, Vol. 23, No. 7, Beirut, Dar Ehya Al-Torath al-Arabi.
32. Najafi Kashif Al-Gheta, Ahmad Ben Ali, (2003), Safinah Al-Najat va Meshkat Al-Hoda va Mesbah Al-Saadah, Vol. 3, No.1, Najaf, Kashif Al-Gheta Institute.
33. Naraghi, Mulla Ahmad, (1997), Awaed Al-Ayyam, No. 1, Published by the Islamic Preaching Office.

