

فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)

عباسعلی دارویی*

چکیده

تقریباً در حقوق دنیا (اعم از ملی و فراملی) نقض قرارداد در صورتی که اساسی باشد موجب حق فسخ قرارداد برای طرف دیگر است. اما، در حقوق ایران نظر مشهور با وحدت ملاک از احکام شرط فعل، به تئوری اجبارگرایی دارد و فسخ را جز در فرضی که اجبار ممکن نبوده و تعهد هم با هزینه متعهد به وسیله دیگری قابل انجام نیست، نمی پذیرد. لکن با توجه به این که قانونگذار در مبحث اثر معاملات و در مقام بیان ضمانت اجرای تخلف از انجام قرارداد، سخنی از ضرورت اجبار نمی گوید و با توجه به این که قیاس تعهدات موضوع شرط فعل به جهت این که فرعی هستند با تعهدات اصلی صحیح نیست و با توجه به برخی مواد قانونی در عقود معین و آراء برخی از فقهاء به ویژه فقهای متأخر، در حقوق ایران هم می توان تئوری فسخ ابتدایی را اثبات کرد.

کلیدواژه: تعهدات اصلی، تعهدات فرعی، نقض اساسی، فسخ، جبران خسارت

* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه کاشان d_darooi_ad2000@yahoo.com

تاریخ وصول: ۹۲/۳/۱۵ - پذیرش نهایی: ۹۲/۱۱/۲۷

طرح بحث

در حقوق ایران، اکثر نویسندگان حقوق مدنی با وحدت ملاک از احکام و مقررات شرط فعل (مواد ۲۳۹ - ۲۳۷ ق.م) و اصل لزوم قراردادها معتقدند که علی الاصول، ضمانت اجرای نقض تعهدات اصلی قرارداد، اجبار متخلف به اجرای تعهد است و در صورت عدم امکان اجبار، تعهد باید به خرج متعهد انجام شود و فقط در فرضی که انجام تعهد، طبیعتاً یا به موجب شرط، قائم به شخص متعهد باشد و اجبار او ممکن نباشد متعهدله می تواند عقد را فسخ نماید. بنابراین طبق نظر مشهور، فسخ و تعهداتی که قائم به شخص متعهد نیست، راه ندارد. اما، اعمال مطلق نظریه اجبار در بسیاری از موارد نتایج نامطلوب، غیر معقول و غیر عادلانه ای به دنبال خواهد داشت و سبب می شود تا اشخاص به اهداف و انتظارات قراردادی خویش نائل نشوند و متخلفین هم به عدم انجام تعهد خویش تشویق شوند.

برای مثال تصور شود شخصی برای درمان بیماری خویش ملکش را می فروشد و خریدار در موعد مقرر ثمن را پرداخت نمی کند. فروشنده طبق نظریه اجبار باید علیه خریدار، دعوای مطالبه وجه اقامه کند که با توجه به تراکم دعوای در محاکم تا صدور رأی قطعی مدت زیادی به طول می انجامد. پس از صدور حکم قطعی و اجرای تشریفات صدور اجرائیه نیز ممکن است خریدار معسر یا ورشکسته شده یا به اموالش دسترسی نباشد و مبیع هم به جهت واگذاری (صوری یا واقعی) به غیر یا توقیف از سوی طلبکاران وی قابل توقیف نباشد یا خریدار از دادگاه حکم اعسار یا تقسیط پرداخت ثمن دریافت کند. در بهترین فرض هم اگر خریدار مایل یا مجبور به پرداخت باشد موظف به پرداخت ثمن قراردادی به اضافه خسارت تأخیر تأدیه است که در مقابل افزایش قیمت ملک ناچیز است. ملاحظه می شود که از یک طرف فروشنده به مقصود و مطلوب قراردادی اش (درمان بیماری) نرسیده است و حتی ممکن است در این فاصله به جهت عدم درمان فوت کرده باشد! از طرف دیگر، خریدار بدون این که

چیزی پرداخت کرده باشد صاحب افزایش قیمت زمان معامله تا زمان اجرای حکم شده است. بی شک این نتیجه را هیچ وجدان پاک و عقل سلیمی نمی پذیرد.

نتایج اعمال نظریه اجبار، در روابط تجاری زیانبارتر است. چون غیر نقدی و اعتباری بودن معاملات تجار، ایفای دیون آنها را به وصول مطالباتشان وابسته می سازد و عدم وصول به موقع یک طلب، عدم پرداخت یک دین را به دنبال خواهد داشت. در نتیجه، روابط معاملاتی و اقتصادی تجار مختل و ممکن است موجب یک ورشکستگی زنجیره ای شود. علاوه بر آن، صرف وقت و هزینه جهت اجبار متعهد کنده جریان معاملات را به دنبال خواهد شد که نهایتاً به ضرر اقتصاد ملی خواهد بود.

ملاحظه می شود که اعمال صرف نظریه اجبار، هم به لحاظ اخلاقی و هم به لحاظ اجتماعی و اقتصادی نتایج نامطلوبی به دنبال خواهد داشت. پس، باید راه حل دیگری جست. راهی که نه متعهد و نه متعهدله نتوانند از آن سوء استفاده کنند و در عین حال، ضمانت اجرای قرارداد نیز باشد. حقوق دنیا، اعم از حقوق کشورها و اسناد بین المللی، این راه حل را در تئوری نقض اساسی دیدند. بدین معنا که اگر نقض قرارداد، یک نقض اصلی و اساسی باشد متعهدله اختیار دارد که متعهد را اجبار نماید یا قرارداد را فسخ کند و اگر نقض، جزئی و غیر اساسی باشد فقط مستحق اجبار و جبران خسارت خواهد بود. راه حل مزبور موجب می شود از یک طرف متعهدله حبس قرارداد نشود و با فسخ آن، مطلوب خویش را در قرارداد دیگر بجوید و جلوی سوء استفاده های احتمالی متعهد متخلف را بگیرد. از طرف دیگر، یک کوتاهی و قصور جزئی قابل اغماض نیز قرارداد را از بین نبرد و ثبات معاملات به مخاطره نیفتاده و موجب سوء استفاده متعهدله نگردد.

در حقوق ایران علی رغم شهرت و حکومت نظریه اجبار، در سال های اخیر برخی از حقوقدانان (شیروی، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد» ۷۷ - ۴۹، صادقی نشاط، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران» ۲۹۷ - ۳۱۴) با ملاحظه آثار سوء

اعمال نظریه اجبار تلاش کرده اند فسخ ابتدایی را در نظام حقوقی ایران بپذیرند؛ حتی برخی نویسندگان از نظرات پیشین خود عدول کنند (صفایی، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»/۴۲).

نگارنده هم بر این باور است، البته با راه حل دیگر، که نظام حقوقی ایران نیز ظرفیت پذیرش فسخ ابتدایی را داشته و در این زمینه می‌تواند به حقوق دنیا نزدیک شود. اثبات این نکته که موضوع اصلی این مختصر است، بدو بررسی مبانی فسخ در حقوق خارجی (فصل اول) سپس موقعیت نظام حقوقی ایران را ایجاب می‌کند (فصل دوم)

فصل اول: در حقوق کشورهای خارجی و اسناد بین‌المللی

اختیار فسخ قرارداد به سبب عدم اجرای تعهدات قراردادی امروزه یک تأسیس جهانی در حقوق ملی و فراملی است و فقط نحوه اعمال آن از کشوری به کشور دیگر ممکن است متفاوت باشد و این تفاوت نیز عمدتاً در لزوم یا عدم لزوم صدور حکم دادگاه در تحقق فسخ و به طور کلی نقش دادگاه در اعمال فسخ ظاهر می‌شود. (Malaurie & Aynese; cours droit civil/737)

در اثبات این مدعا حقوق برخی کشورها از نظام‌های حقوقی مختلف (فرانسه، انگلیس و مصر) و برخی اسناد بین‌المللی (کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی موسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۱ مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: در حقوق کشورهای خارجی

۱. حقوق فرانسه

^۱ - unidroit

در حقوق کشور فرانسه وقتی عدم اجرای تعهد، اساسی و قابل انتساب به متعهد باشد قرارداد قابل فسخ است و مبنای فسخ هم مطابق ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی این کشور شرط ضمنی فسخ است که مقرر می‌دارد: « شرط فسخ همیشه در قراردادی های معوض برای مواردی که یکی از طرفین تعهدش را ادا نمی‌کند مستتر است...». پس، قرارداد در فرض عدم اجرا در صورتی قابل فسخ است که اولاً- قابل انتساب به متعهد باشد. بنابراین اگر عدم اجرا ناشی از قوه قهریه (فورس ماژور) باشد قابل فسخ نیست. ثانیاً- عدم اجرا باید اساسی باشد و عدم اجرا زمانی اساسی است که قرارداد نتواند به اهداف اقتصادی که به دنبال آن بود نایل شود. لذا عدم اجرای جزئی یا عدم اجرایی که به هدف قراردادی صدمه ای نزنند موجب فسخ نیست. برای مثال، اگر میع تسلیم شده معیوب باشد اما به هدف توافق شده پاسخگو باشد قاضی می‌تواند قرارداد را با جبران خسارت خریدار حفظ کند. لزوم اساسی بودن عدم اجرا سبب شده است که فسخ در حقوق فرانسه جنبه قضایی پیدا کند. یعنی متعهدله به صرف عدم اجرای تعهد نمی‌تواند قرارداد را رأساً فسخ نماید بلکه باید از دادگاه تقاضای فسخ کند. دادگاه نیز اگر عدم اجرا را قابل انتساب به متعهد و جدی یا اساسی تشخیص دهد حکم به فسخ قرارداد می‌دهد. در غیر این صورت ممکن است حسب شرایط به متعهد مهلتی اعطا کند. ماده ۱۱۸۴ در ادامه مقرر می‌دارد: « ... در این مورد (عدم اجرای تعهد) قرارداد منحل نمی‌شود. بلکه طرفی که این تعهد در حق او اجرا نشده است اختیار دارد که فسخ همراه با خسارت را مطالبه کند. فسخ باید با حکم قضایی صادر شود و دادگاه می‌تواند به مدیون حسب شرایط مهلتی اعطا کند.» (, Benabent ; Malaurie & Aynes, ibid./737 ; Droit civil/ 389)

۱- ماده ۲۴۱ قانون مدنی کشور لبنان نیز مشابه ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه است که احتمالاً از قانون فرانسه اقتباس شده است. بدین بیان: « در تمام عقود معوض، حق الغاء عقد مفروض است؛ چنانچه یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند و نتواند به تعذر اجرای قرارداد تمسک کند عقد منفسخ نمی‌شود بلکه طرفی که به حق خود نرسیده می‌تواند اجبار متعهد به انجام تعهد یا الغای آن را، همراه با جبران خسارت، از دادگاه درخواست کند. در

۲. در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس نقض قرارداد^۱ یکی از اسباب سقوط تعهدات^۲ است که به موجب آن طرف مقابل می تواند خود را از اجرای بعدی قرارداد بری الذمه سازد و به جای آن مطالبه خسارت کند. اجرای قرارداد^۳، توافق یا اقاله^۴ و انتفاء قرارداد^۵ از دیگر اسباب سقوط تعهدات هستند. اما نقض قرارداد بر خلاف سایر اسباب فوق الذکر، سبب سقوط تعهد و انحلال قهری قرارداد نیست بلکه طرف دیگر اختیار دارد که قرارداد را پس از نقض، موجود تلقی و اجرای آن را مطالبه کند یا این که به قرارداد خاتمه داده و خود را بری الذمه سازد، که همان فسخ قرارداد است. اما هر نقضی موجب فسخ نیست بلکه اولاً- این حق فقط مربوط به تعهدات متقابل یا وابسته^۶ است نه تعهدات مستقل^۷. مقصود از تعهدات مستقل این است که اجرای تعهدات یک طرف قرارداد، منوط و وابسته به اجرای تعهدات طرف مقابل نیست. مانند تعهد تعمیر مورد اجاره از سوی موجر. بنابراین عدم تعمیر از سوی موجر موجب بری الذمه شدن مستأجر از پرداخت اجاره بها نیست. در این تعهدات که البته استثنایی هستند هر طرف می تواند بدون انجام تعهد خویش به جهت نقض تعهدی که به نفع او شده است مطالبه خسارت کند. ولی، هیچ طرف نمی تواند به دلیل قصور طرف دیگر از اجرای سهم خویش از قرارداد بریء شود. در مقابل، تعهدات وابسته تعهداتی هستند که تعهد یک طرف به

صورتی که بخشی از تعهد اجرا نشده باشد، دادگاه اهمیت آن بخش را مورد ارزیابی قرار می دهد. حتی در صورت عدم انجام کل قرارداد، دادگاه می تواند به متعهد مهلت دهد و این مدت وابسته به حسن نیت متعهد است.» (شیروی، همان منبع، ص ۵۳).

^۱-breach

^۲-discharge

^۳-performance

^۴-express agreement

^۵-frustration

^۶-independent mutual Promises

^۷-dependent promises

ایفای تعهد یا آمادگی و تمایل به اجرای تعهد طرف دیگر وابسته است. مانند تعهدات بایع و مشتری در عقد بیع. نقض این گونه تعهدات می تواند موجب فسخ برای طرف مقابل شود.

ثانیاً- نقض باید اساسی^۱ باشد و نقض هنگامی اساسی است که یک تعهد اساسی^۲ اجرا نشود. تعهدی که ریشه و اساس قرارداد^۳ است. (chitty, contracts/693-). (710;Beatsom/535-555)

۳. در حقوق مصر

در حقوق مصر هم قرارداد به سبب عدم اجرا قابل فسخ است. ماده ۱۵۷ قانون مدنی این کشور در این مورد مقرر می دارد:

« ۱. در عقود معوض، اگر یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند طرف دیگر می تواند پس از اخطار به متعهد، اجرا یا فسخ قرارداد را مطالبه کند؛ و در هر دو حالت، هر گاه مقتضی وجود داشته باشد حکم به جبران خسارت نیز می شود؛

۲. در صورت اقتضای شرایط، قاضی می تواند به متعهد مهلت اضافی دهد.. همچنین قاضی می تواند چنان چه بخش انجام نشده تعهد، نسبت به کل قرار داد اهمیت چندانی نداشته باشد از صدور حکم فسخ خودداری کند.^۴ »

مطابق ماده مزبور اولاً- حق فسخ پس از اخطار به متعهد ایجاد می شود. ثانیاً- فسخ به مانند حقوق فرانسه یک عمل قضایی است و مستلزم صدور حکم از دادگاه

¹-fundamental

²-condition

³-root of contract

۴- مفاد این ماده در ماده ۱۷۷ قانون مدنی عراق نیز آمده است بدین بیان: « در عقود معوض، هر گاه طرفین به تعهد خود عمل نکنند طرف دیگر پس از اخطار، مجاز است فسخ قرار داد یا جبران خسارت- در صورتی که مقتضی آن موجود باشد- از دادگاه مطالبه کند دادگاه مجاز است به متعهد فرصت دهد تا تعهد خود را انجام دهد. همچنین، در صورتی که مقدار تعهد انجام نشده نسبت به کل تعهد ناچیز باشد، دادگاه می تواند در خواست فسخ را رد کند» (شیروی، همان منبع، ص ۵۴).

است. ثالثاً_ مطابق قسمت اخیر ماده ی مزبور دادگاه می تواند در صورتی که بخش انجام نشده تعهد نسبت به کل قرار داد اهمیت چندانی نداشته باشد از صدور حکم فسخ امتناع کند و این در واقع همان تفکیک نقض اساسی و غیر اساسی است که در حقوق انگلیس و فرانسه است.

مبحث دوم: در اسناد بین المللی

در اسناد بین المللی نیز فسخ، یکی از اقسام ضمانت اجرای نقض قراردادهاست. در اثبات این مدعا کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ و اصول قراردادهای تجاری بین المللی موسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۱ به عنوان نمونه بررسی می شود:

۱. کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰)

مطابق بند ۱ مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون، علاوه بر این که عدم تسلیم کالا و عدم تأدیه ثمن تحت شرایطی موجب حق فسخ قرارداد برای خریدار و فروشنده است عدم اجرای سایر تعهدات خریدار و فروشنده هم، در صورتی که به موجب قرار داد یا کنوانسیون نقض اساسی محسوب شود برای طرف مقابل اختیار فسخ قرارداد ایجاد می کند^۲ و مطابق ماده ۲۵ هم، نقض قرارداد هنگامی اساسی است که اولاً- منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آن چه که استحقاق انتظار آن را به

^۱-unidriot

۲- بند ۱ ماده ۴۹: « ۱. خریدار می تواند در موارد زیر قرارداد را باطل اعلام کند: الف) در صورتی که عدم اجرای هر یک از تعهدات فروشنده، به موجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی محسوب شود؛ یا ب) در صورت عدم تسلیم کالا، اگر فروشنده ظرف مدت اضافی- که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است- کالا را تسلیم ننماید؛ یا اعلام کند که ظرف مدت مذکور، کالا را تسلیم نخواهد کرد».

بند ۱ ماده ۶۴: « ۱. فروشنده می تواند در موارد زیر قرارداد را باطل اعلام کند: الف) در صورتی که عدم اجرای هر یک از تعهدات خریدار، به موجب قرار داد یا این کنوانسیون، نقض اساسی محسوب شود؛ یا ب) در صورتی که خریدار، در ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۶۳ توسط فروشنده تعیین شده، ثمن معامله را پرداخت نکند؛ کالا را تحویل نگیرد؛ یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور، تعهد خود را انجام نخواهد داد.»

موجب قرار داد داشته است اساساً محروم کند. ثانیاً- این خسارت برای طرف ناقض قرارداد یا یک فرد متعارف همانند او در اوضاع و احوالی مشابه قابل پیش بینی باشد.^۱

۲. در اصول قراردادهای تجاری بین المللی

در اصول قرارداد های تجاری بین المللی مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی نیز اگر کوتاهی یک طرف در اجرای یک تعهد در صورتی که بر طبق قرارداد معادل با عدم اجرای اساسی تعهد باشد طرف دیگر می تواند به قرارداد خاتمه دهد (بند ۱ ماده ۱ - ۳ - ۷). اما، برای تعیین این که آیا کوتاهی در اجرای تعهد، معادل با عدم اجرای اساسی است یا خیر؟ باید به امور زیر توجه شود:

(الف) این که عدم اجرای تعهد، طرف زیان دیده را به طور اساسی از آن چه بر طبق قرارداد مشخص بود انتظارش را داشته باشد محروم می کند یا خیر؛ مگر این که طرف دیگر نتیجه ی مزبور را پیش بینی نکرده، یا بطور متعارف نمی توانسته است آن را پیش بینی کرده باشد.

(ب) این که رعایت دقیق تعهدی که اجرا نشده، رکن قرارداد بوده است یا

خیر؟

(د) این که عدم اجرای تعهد، به طرف زیان دیده حق می دهد به این اعتقاد برسد که نمی تواند برای اجرای آتی تعهدات از سوی طرف دیگر اتکاء کند یا خیر؟

(ه) این که اگر به قرارداد خاتمه داده شود، طرف مسؤول عدم اجرا در نتیجه آماده کردن مقدمات یا اجرای تعهد، متحمل زیان نامناسبی خواهد شد یا خیر (بند ۲ ماده ۱-۳-۷).

۱- ماده ۲۵: «نقض قرارداد هنگامی نقض اساسی محسوب می شود، که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آن چه استحقاق انتظار آن را بموجب قرارداد داشته باشد، اساساً محروم کند، مگر این که طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه ای را پیش بینی نمی کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی توانسته است آن امر را پیش بینی کند.» (برای مطالعه بیشتر ر.ک: میرزا نژاد جویباری، سال ۱۳۸۱، ص ۴.۳).

راجع به تأخیر اجرا هم بند ۳ این ماده مقرر کرده است: «در صورت تأخیر هم طرف زیان‌دیده می‌تواند در صورتی که طرف دیگر قبل از انقضای زمان مجاز شده از سوی طرف زیان‌دیده در ماده ۵ - ۱ - ۷ در اجرای تعهد کوتاهی کند به قرارداد خاتمه دهد» (اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی/۲۵۵).

به عنوان نتیجه‌گیری از این فصل می‌توان گفت که در حقوق تقریباً تمام کشورها و اسناد بین‌المللی، قرارداد در فرض نقض اساسی، از طرف زیان‌دیده قابل فسخ است و این نقطه مشترک حقوق تمام کشورهاست. اما، مفهوم «نقض اساسی» در آنها تا اندازه‌ای متفاوت است. همان‌گونه که ملاحظه شد در حقوق انگلیس اساسی بودن نقض، به ماهیت تعهد نقض شده مربوط می‌شود و نقض، هنگامی اساسی است که تعهد نقض شده اساسی^۱ باشد و به اساس و ریشه قرارداد برگردد. در حالی که در حقوق فرانسه و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اساسی بودن به آثار نقض مربوط می‌شود نه به ماهیت تعهدی که نقض شده است. یعنی اگر نقض موجب زیانی شود که طرف مقابل را از آثار اقتصادی که به دنبال آن بود محروم سازد نقض، اساسی خواهد بود اعم از این که تعهد نقض شده اصلی باشد یا فرعی. اما، از آنجایی که معمولاً این نقض تعهدات اساسی است که موجب محرومیت شخص از منافع مورد انتظار قرار داد می‌شود لذا موضع این نظام‌ها در عمل به یکدیگر نزدیک خواهد شد. بالاخره، در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به هر دو عامل توجه داشته است علاوه بر آن، احتمال اجرا و عدم اجرای تعهد از سوی متعهد در آینده و زیان او برای هزینه‌هایی که جهت آماده کردن مقدمات اجرای تعهد نموده است نیز مدنظر قرار گرفته است.

نتیجه دیگر این که، در حقوق برخی کشورها و نظام‌ها مانند حقوق فرانسه، لبنان، مصر و عراق، فسخ جنبه قضایی داشته و مستلزم صدور حکم فسخ از دادگاه است. در حالی که در برخی دیگر مانند انگلیس و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا چنین

^۱-condition

نیست و طرف زیان‌دیده می‌تواند بدون حکم دادگاه در صورت نقض به قرارداد خاتمه دهد، اما طرف مقابل نیز می‌تواند در صورتی که فسخ را صحیح نداند علیه او به جهت نقض اساسی دعوی جبران خسارت اقامه کند.

فصل دوم: در نظام حقوقی ایران

مبحث اول: در فقه

مسأله ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات اصلی قرارداد، جزء مسائل اختلافی در فقه است و فقها در این مورد دو دسته اند: عده‌ای بر مبنای اصل لزوم (اصاله اللزوم) و عدم ورود ضرر با امکان اجرای قرارداد معتقدند که عدم اجرای تعهدات قراردادی از سوی یک طرف به طرف دیگر جز در موارد استثنایی، مانند خیار تأخیر ثمن یا تعذر اجرای قرارداد، حق فسخ نمی‌دهد و متعهدله صرفاً می‌تواند از حاکم اجبار متخلف به انجام تعهد را مطالبه کند (جواهر الکلام/۲۷/۶۰؛ مکاسب/۷۲-۷۱؛ کفایه الأحکام/۹۷).

به عنوان نمونه، صاحب جواهر در باب مساقات و در فرضی که عامل غیر معین (عاملی که مباشرت او شرط نشده است) انجام عمل را ترک کند اظهار می‌دارند که: «ترک عمل موجب بطلان مساقات نیست. چون اصل بر صحت است بلکه ظاهر قول فقهای امامیه این است که عقد مساقات، لازم باقی می‌ماند. بنابراین، برای مالک به صرف ترک عامل، حق فسخ ایجاد نمی‌شود و مالک فقط می‌تواند به حاکم رجوع کند تا او را وادار به انجام عمل کند و اگر اجبار او ممکن نشد از مال او یا از سهمی که از ثمرات به او تعلق خواهد گرفت یا از باب قاعده «الحاکم ولی المتنع» مبلغی از طرف عامل قرض کند یا از بیت المال به او قرض دهد یا به هر طریق دیگر کسی را اجیر کند که به جای عامل عمل را انجام دهد. بنابراین دلیل عدم ورود ضرر و اصل لزوم خیرای برای مالک نیست» (جواهر الکلام/۲۷/۸۰) در مقابل، برخی دیگر (کتاب البیع/۵/۳۷۲؛ خوئی، منهاج الصالحین/۲/۳۷؛ سیستانی، منهاج الصالحین/۵۸-۵۹) بر این باورند که صرف عدم اجرای قرارداد، موجب حق فسخ است. اما در مبنای حق فسخ، گروهی آن را مبتنی بر

قاعده لا ضرر می‌دانند. صاحب جواهر پس از بیان نظر خویش مبنی بر عدم امکان فسخ در صورت تخلف از انجام قرارداد که در بالا آمده است، در ادامه می‌افزاید: «... ولی گاهی گفته شده است که این حکم (عدم وجود خیار فسخ) با آن چیزی که از قول فقها در جای دیگر (غیر از عقد مساقات) استفاده شده، منافات دارد. مانند وجود خیار در صورت عدم وفای به شرط و وجود خیار در صورت تأخیر ثمن، وجود خیار به دلیل امتناع شخص از انجام عمل، امتناع از تسلیم عین مستأجره؛ و آن چه از قول فقها در این موارد استفاده می‌شود ثبوت خیار به مجرد حصول یکی از موارد ذکر شده بدون مراجعه به حاکم است. بلکه ظاهر قول فقها این است که هر گاه در عقد لازم، یکی از متعاقدين رفتاری کند که با استحقاق طرف دیگر عقد منافات داشته باشد عقد نسبت به طرف مقابل به جهت دفع ضرر از او و به دلیل قاعده لا ضرر جایز و قابل فسخ می‌گردد.» (جواهرالکلام/۶۰/۲۷). ملاحظه می‌شود که صاحب جواهر از ظاهر قول فقهای دیگر می‌گوید که عقد با تخلف یک طرف برای طرف دیگر بر مبنای دفع ضرر از او یا قاعده لا ضرر، جایز و قابل فسخ می‌گردد. فقیه دیگر (کتاب البیع/۳۷۲/۵) پس از بیان این که مبنای تسلیم و تسلیم از احکام عقلایی مترتب بر بیع است مبنای خیار فسخ را نیز عقل و بنای عقلایی می‌داند. بدین عبارت: «اگر یکی از آنها یا هر دو از تسلیم امتناع کردند و اجبار ممکن نبود پس، اگر قصدشان در زمان عقد، عدم تسلیم بود عقد به جهت غیر عقلایی بودن باطل است و گرنه در صورت امتناع مطلق، دو احتمال می‌توان داد: انحلال عقد و ثبوت خیار، و ثبوت خیار أرجح است و این خیار ناشی از شرط ضمنی نیست بلکه خیار دیگری است که نزد عقلا ثابت است و اگر یکی از آنها امتناع کرد اگر او بایع باشد برای مشتری خیار امتناع است. و اگر او مشتری باشد برای بایع خیار تأخیر وجود دارد.» ملاحظه می‌شود که ایشان از نوعی خیار به نام «خیار الامتناع» نام می‌برد که در صورت امتناع یک طرف از انجام تعهد، برای طرف دیگر ایجاد می‌شود.

آیت الله خوئی نیز ضمن این که اجبار را ضمانت اجرای امتناع از تسلیم می داند جواز فسخ قبل از اجبار را نیز بعید نمی داند. بدین عبارت: «اطلاق عقد (یعنی اگر شرط تأخیر نشده باشد) اقتضا دارد که عوضین فوراً تسلیم شوند؛ پس اگر یکی از طرفین امتناع نماید اجبار می گردد و اگر باز تسلیم نکرد برای طرف دیگر حق فسخ عقد خواهد بود، بلکه جواز فسخ در صورت امتناع قبل از اجبار نیز بعید نیست و این اختیار اختصاص به بیع ندارد و در همه معاوضات مجراست و بیع، خیار خاصی دارد و به آن خیار تأخیر گفته می شود.» (خوئی، منهاج الصالحین/۳۷/۲).

به نظر می رسد ایشان نیز همانند امام خمینی (ره) «خیار الامتناع» را که در زمان امتناع یکی از طرفین از انجام تعهد خویش برای طرف مقابل ایجاد می شود در کنار سایر اختیارات پذیرفته است که مبنای آن همان امتناع است.

بالاخره فقیه معاصر دیگری (القواعد الفقهیه/۱۳۷۷/۳) در پاسخ به این سؤال که آیا با امکان اجبار برای مشروطاً له حق فسخ وجود دارد یا خیر؟ می فرمایند دو قول وجود دارد لکن قول به فسخ اقوی است. چون موضوع حق خیار (خیار تخلف از شرط)، تخلف مشروطاً علیه از انجام شرط است نه عدم امکان انجام شرط ولو با اجبار. پس اگر مشروطاً علیه با اختیار به شرط عمل نکرد موضوع خیار محقق می گردد و این حق (فسخ) برای مشروطاً له ایجاد می شود. ایشان در مبنای این حکم می گویند سبب و جهت التزام مشروطاً له به عقد این است که مشروطاً علیه در موعد به آن چه که ملتزم بود عمل نماید و گرنه او التزامی نخواهد داشت؛ در نتیجه بین فسخ عقد و انفاذ آن مخیر خواهد بود.

هر چند نظر مذکور مربوط به تخلف از شرط فعل است لکن وقتی تخلف از شرط فعل که یک تعهد فرعی است موجب خیار فسخ باشد بطریق اولی تخلف از آن چه که قید عقد است (تعهدات اصلی)، موجب خیار خواهد بود. مضافاً این که مبنای نظر مشهور هم قیاس تعهدات اصلی با تعهدات موضوع شرط فعل است.

مبحث دوم: در حقوق موضوعه

الف) دکترین

قانون مدنی ایران در بخش قواعد عمومی قراردادها (اثر معاملات)، صریحاً فسخ را به عنوان ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی قرار داد بیان نکرده است. به همین دلیل اکثریت نویسندگان حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها/۳/۲۶۴، امامی، حقوق مدنی/۱/۴۸۵؛ آثار قراردادها و تعهدات/۳/۱۷۷ و ۴۲؛ حقوق بیع بین المللی کالا/۱۸۴) معتقدند که در حقوق ایران فسخ، ضمانت اجرای ابتدایی عدم اجرای قرارداد نیست. بلکه متعهدله می تواند متعهد را اجبار به انجام تعهد و مطالبه خسارت نماید. اما دلایلی که در توجیه این نظر آورده اند عبارتند از: اولاً- در حقوق ما اصل، لزوم عقد است و قرارداد جز در موارد استثنایی و قانونی قابل فسخ نیست و خودداری یکی از دو طرف از اجرای قرارداد در قانون مجوز فسخ قرارداد معرفی نشده است. (قواعد عمومی قراردادها/۳/۲۶۴؛ آثار قراردادها و تعهدات/۳/۱۷۷ و ۴۲)؛ ثانیاً- ملاک ماده ۲۳۹ ق.م. به خوبی نشان می دهد که قاعده این است که طلبکار باید برای اجبار طرف قرارداد اقامه دعوی کند و تنها در صورتی می تواند آن را بر هم زند که این اجبار ممکن نباشد و دیگری نیز نتواند به هزینه متعهد آن را اجرا کند. (قواعد عمومی قراردادها/۳/۲۶۴) ثالثاً- پیش بینی راه های اجرای قرارداد و جبران زیان های وارد تا حد امکان به وسیله قانون، به اضافه مصلحت پایداری و ثبات قرارداد به اندازه کافی، غیر قابل فسخ بودن قراردادی را که یک طرف از اجرای آن خودداری می کند در سیستم حقوقی ایران را توجیه می نماید (آثار قراردادها و تعهدات/۳/۱۷۷).

در مقابل، برخی حقوقدانان جدید با ملاحظه آثار سوء تئوری اجبار بدنبال راهی هستند که فسخ ابتدایی را در حقوق ایران به عنوان یکی از ضمانت اجراهای تخلف از قرارداد بپذیرند. یکی از این نویسندگان (صادقی نشاط، همان منبع/۲۹۷) دلایل ذیل را در توجیه نظرشان آورده اند:

۱. ماده ۴۰۲ ق.م. صرفاً در بیان شرایط تأخیر ثمن است و به معنای نفی سایر
 خيارات نیست.^۱
۲. اصل لزوم که مبنای قاعده مشهور تقدم اجبار بر فسخ است تاب مقاومت در
 مقابل ادله ديگر مانند نفی ضرر و غيره را ندارد.
۳. از يك طرف همه تخلفات قراردادی، عدم رعایت شروط ضمن عقد اعم از
 صريح و ضمنی است. از طرف ديگر، لفظ «می تواند» در ماده ۲۳۷ ق.م. منطقیاً بدین
 معناست که مشروطاً له اختيار دارد قرارداد را فسخ یا تقاضای الزام به اجرا نماید. پس به
 طریق اولی، تخلف از تعهدات اصلی موجب چنین حقی خواهد بود.
۴. در فقه اسلامی چنین قیدی (یعنی امکان فسخ فقط در صورت تعذر اجبار)
 وجود ندارد بلکه حق فسخ و اجبار همدوش یکدیگر هستند (همان/۳۱۲).
- اما، دلایل مزبور در اثبات حق فسخ به نظر سست می آید. بدین ترتیب که اولاً-
 گرچه ماده ۴۰۲ ق.م. نافی سایر خيارات نیست اما مثبت خيار ديگر نیز نمی باشد. ثانیاً-
 حتی اگر تمام تخلفات قراردادی را به شروط ضمن عقد تحلیل کنیم، که البته ممکن
 نیست، باز نتیجه آن شناخت حق فسخ به جهت نقض تعهدات قراردادی نیست. چون
 نقض شرط ضمن عقد، بجز شرط نتیجه و صفت که خارج از این بحث است، موجب
 فسخ نیست بلکه مشروطاً علیه اجبار می شود و بر خلاف نظر ایشان واژه «می تواند» در
 ماده ۲۳۷ ق.م. به هیچ وجه منطقیاً دلالت بر اختيار فسخ یا اجبار ندارد. بلکه صرفاً به
 معنای امکان اجبار است. زیرا اگر مفهوم واژه «می تواند» به معنای اختيار فسخ یا اجبار
 باشد ماده ۲۳۷ با مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی متعارض می شود. چون مواد مزبور حق
 فسخ مشروطاً له را منوط به عدم امکان اجبار و عدم قابلیت انجام موضوع شرط به وسیله
-
- ۱- علت بیان این دلیل اینست که یکی از مستندات نظر مشهور در رد فسخ ابتدایی اینست که قانون مدنی فقط
 تاخیر ثمن در عقد بیع که مصداق انجام تعهد است را آن هم با شرایطی استثنائاً موجب فسخ می داند و حتی در
 ماده ۴۰۶ ق.م این حق را به خریدار جهت عدم تسلیم مبیع از سوی بايع اعطا نکرده است.

دیگری به هزینه مشروطاً علیه کرده است. در حالی که مطابق تفسیر مزبور، به صرف تخلف از شرط، مشروطاً له می تواند قرارداد را فسخ کند. و بالاخره این که، بر خلاف نظر مذکور، تئوری اجبار همان گونه که ملاحظه شد، فاقد مبنای فقهی نیست و دیدیم که عده ی زیادی از فقها بر این عقیده هستند (ر.ک: ص ۸) نویسنده دیگری نیز (شیروی، همان منبع)، حق فسخ ناشی از تخلف یک طرف قرارداد را به دلایل زیر قابل توجیه می داند:

«نخست آن که، قانونگذار حق فسخ را در مورد تخلف از شروط ضمن عقد که جنبه فرعی دارد پذیرفته است؛

دوم آن که: این حق فسخ، ناشی از ارتباطی است که در عقود معوض بین عوض و معوض وجود دارد؛

سوم آن که: پذیرش این حق فسخ، حقوق ایران را به حقوق کشورهای پیشرفته و قواعد پذیرفته شده بین المللی نزدیک می کند. هم چنین طبق مقررات حقوق ایران در صورتی می توان قرارداد را فسخ کرد که اجبار متعهد به انجام تعهد امکانپذیر نباشد»

در نقد این نظر می توان گفت که اولاً- قانونگذار حق فسخ در تخلف از شرط فعل را که به بحث ما ارتباط دارد^۱ جز در فرضی که موضوع شرط قابل انجام به وسیله دیگری نیست، نپذیرفته است. حتی در این فرض هم حق فسخ پس از عدم امکان اجبار بوجود می آید در حالی که موضوع بحث ما امکان فسخ ابتدایی بدون اجبار است. ثانیاً- از پیوند میان تعهدهای متقابل نیز جز این نتیجه نمی شود که از بین رفتن موضوع یکی از دو تعهد، دیگری را از قید التزام رها سازد، امکان فسخ عقد در صورت تخلف،

۱- چون در شرط فعل به سبب اینکه مشروط علیه باید عمل موضوع شرط را بعد از عقد انجام دهد با اجرای تعهدات اصلی قابل قیاس است. در حالیکه، در شروط صفت و نتیجه اجرای شرط منتفی است به همین دلیل استناد به احکام آن در بحث اجرای عقد ممکن نیست.

قاعده ای است که بایستی بر مبنای دیگری استوار شود (قواعد عمومی قراردادها/۳/۲۶۴). بالاخره ایشان از یک طرف به دنبال توجیه حق فسخ ابتدایی در صورت تخلف از تعهدات اصلی است. از طرف دیگر، در پایان نتیجه می گیرد که در صورتی می توان قرارداد را فسخ کرد که اجبار متعهد به انجام تعهد امکانپذیر نباشد! البته این نتیجه هم با توجه به این که اساس استدلال ایشان قیاس تعهدات اصلی با شروط ضمن عقد است صحیح نمی باشد. چون در شروط ضمن عقد هم حق فسخ صرفاً در فرضی که تعهد به وسیله دیگری قابل انجام نباشد بوجود می آید نه صرف عدم امکان اجبار (مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م.ا.).

ب) تبیین قاعده فسخ به جهت عدم اجرای تعهدات قراردادی

نویسنده بر خلاف نظر مشهور، البته با مبنای غیر از مبانی که نویسندگان اخیر گفته اند بر این باور است که در حقوق ایران نیز می توان به مانند دیگر نظام های حقوقی، قاعده فسخ به جهت عدم اجرای تعهدات قراردادی یا فسخ ابتدایی را به دست داد. اهم این دلایل و مبانی عبارتند از:

۱. قانون مدنی در فصل اثر معاملات، التزام طرفین عقد و قائم مقام آنها را اصلی ترین اثر معاملات بیان کرده است (ماه ۲۱۹ ق.م.ا.) و در مواد بعدی این فصل (مواد ۲۲۱، ۲۲۶ الی ۲۳۰ ق.م.ا.) نیز ضمانت اجرای این اثر را مسؤولیت مدنی متخلف و جبران خسارت زیان دیده تعیین کرده است. اما می دانیم که خسارت عدم انجام تعهد، بدل اصل تعهد است و با آن جمع نمی شود.^۱ چون اگر تعهد انجام شود خسارتی از این رهگذر به طلبکار نمی رسد و هر گاه اصل تعهد اجرا نشود خسارتی که مورد حکم قرار می گیرد جدای از تعهد اصلی است (اعمال حقوقی/۲۷۷-۲۷۸؛ آثار قراردادها و تعهدات/۳/۱۰۸).

۱- بر خلاف خسارت تأخیر انجام تعهد که با اصل تعهد قابل جمع است. نمی توان گفت ماده ۲۲۱ ق.م.ا. به تأخیر انجام تعهد انصراف دارد. چون واژه ی «تخلف» اعم از تأخیر و عدم اجرای تعهد است.

پس وقتی ماده ۲۲۱ ق.م. مقرر می دارد که در صورت تخلف از انجام تعهد، متخلف مسئول خسارت است منطقاً با توجه به این که خسارت بدل اصل تعهد است، قرارداد باید از بین رفته باشد. اما مطابق قواعد عمومی، قراردادی که صحیحاً منعقد شده است جز به سبب فسخ، اقاله (ماده ۲۱۹ ق.م.) و انفساخ (ماده ۳۸۷ ق.م.) ممکن نیست از بین برود. بنابراین باید دید در این فرض، قرارداد به چه سببی از بین رفته است؟

آن چه مسلّم است در این فرض اقاله صورت نگرفته است. زیرا اقاله یک عمل حقوقی (عقد) است و مانند سایر اعمال حقوقی، مستلزم تراضی و توافق طرفین قرارداد است. حال آن که در فرض مذکور، خودداری از اجرای قرارداد را نمی توان لزوماً قصد متخلف به اقاله قرارداد تلقی کرد (شهیدی، همان)؛ مگر این که خلاف آن اثبات شود. همچنین نمی توان آن را انفساخ قرارداد دانست؛ چون انحلال قهری قرارداد امری استثنایی است که مستلزم تصریح قانونی است و از قواعد عمومی هم این حکم بدست نمی آید. وانگهی، اگر قرارداد به جهت عدم انجام تعهد منتفی شود اجبار آن از سوی متعهد غیر ممکن می شود. حال آن که امکان اجبار، حقی است که مورد اجماع تمام نظام های حقوقی دنیا است. پس، ناگزیر باید گفت که ماده ۲۲۱ ق.م. به دلالت التزامی، عدم اجرای قرارداد را موجب حق فسخ برای متعهد له دانسته است. به این ترتیب که خسارت، همانگونه که گفته شد، بدل اصل تعهد است و با اجرای آن قابل جمع نیست. در نتیجه، امکان مطالبه خسارت مستلزم فسخ قرارداد از سوی متعهد له و از بین بردن آن است. ماده ۲۲۲ ق.م. نیز موید این تفسیر است. چون ماده ی مزبور از یک طرف با بکارگیری واژه ی «می تواند» به حاکم «اختیار» داده است که به متعهد له اجازه دهد که خود، عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیه مخارج آن محکوم سازد. پس، اختیاری بودن این امر و ذکر آن پس از بیان جبران خسارت به عنوان ضمانت اجرای اصلی نقض قرارداد دلالت می کند که حاکم می تواند متعهد را صرفاً بر اساس ماده ۲۲۱ قانون مدنی به جبران خسارت محکوم نماید که لازمه این امر، همان گونه که اشاره

شد، فسخ قرارداد است. از طرف دیگر، با توجه به این که قانونگذار، اجرای مفاد این ماده را مشروط به رعایت ماده ۲۲۱ ق.م. کرده است و مقصود از رعایت ماده ۲۲۱ ق.م. هم قسمت اخیر این ماده است. یعنی جبران خسارت، تصریح شده یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد. در نتیجه، می توان گفت که ماده ۲۲۲ ق.م. در مقام بیان جبران خسارت است نه ایفاء و اجبار تعهد. زیرا، ایفاء تعهد یا اجبار را نمی توان به تصریح جبران خسارت در قرارداد منوط کرد. پس، الزام متعهد متخلف به پرداخت مخارج انجام تعهد نوعی روش جبران خسارت است که دادگاه با توجه به اختیاری که قانون مسؤولیت مدنی (ماده ۳) به او اعطا کرده است انتخاب می کند، نه اعمال تئوری اجبار؛ و با توجه به این که جبران خسارت با اجبار به انجام تعهد قابل جمع نیست بنابراین ماده ۲۲۲ ق.م. نیز در مقام بیان جبران خسارت پس از فسخ قرارداد است. به بیان دیگر، با عدم ایفاء تعهد برای متعهدله به موجب ماده ۲۲۱ ق.م. با توجه به تحلیل بالا، حق فسخ ایجاد می شود. حال پس از فسخ که متعهدله مستحق جبران خسارت است این خسارت می تواند با پرداخت وجه نقد جبران شود (ماده ۲۲۱ ق.م.) یا در اجرای ماده ۲۲۲ ق.م. با تأدیه مخارج انجام عمل جبران شود. یعنی مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م. وضعیت پس از فسخ قرارداد را روشن می سازند.

۲. قیاس عدم اجرای تعهدات اصلی با عدم اجرای شرط فعل و وحدت ملاک از احکام و مقررات شرط فعل نادرست است. چون اولاً- وحدت ملاک، مربوط به فرضی است که حکم خاصی در موضوع بحث نباشد. حال آنکه، قانونگذار ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی را در مواد ۲۱۹ الی ۲۳۰ ق.م. بیان کرده است که شرح آن در بند قبلی آمده است. ثانیاً- نمی توان تعهدات ناشی از قرارداد (تعهدات اصلی) را با تعهدات ناشی از شرط فعل قیاس نمود. زیرا تعهدات ناشی از قرارداد، مقصود و انگیزه اصلی طرفین در انعقاد عقد است و تعهدات ناشی از شرط فعل نسبت به تعهدات اصلی، جنبه فرعی دارند. بنابراین ضمانت اجرای این تعهدات منطقیاً نباید

یکسان باشد. صرف عدم انجام تعهدات ناشی از شرط فعل نباید موجب فسخ قرارداد شود و قرارداد را فدای یک تعهد جزئی و فرعی نمود که چه بسا ممکن است تعهدات اصلی اجرا شده باشد. اما، عدم انجام تعهدات اصلی موجب می شود که انتظار و انگیزه طرفین از انعقاد قرارداد تأمین نشود. بنابراین منطقی است که به زیان دیده حق داده شود که به قرارداد خاتمه دهد.

منحصر کردن حق زیان‌دیده به اجبار طرف مقابل در بسیاری از موارد منافع و اهداف قراردادی او را تأمین نخواهد کرد، و موجب آثار زیانباری خواهد بود. (ر.ک.ص.۲).

به همین دلیل است که قانونگذار در مبحث شروط ضمن عقد، ضمانت اجرای عدم اجرای شرط فعل را صراحتاً اجبار مشروطاً علیه به انجام شرط و نهایتاً اجرای شرط به هزینه او بیان کرده و جز در فرضی که انجام شرط به وسیله دیگری ممکن نیست فسخ را پذیرفته است. اما، در مبحث آثار معاملات و در مقام بیان ضمانت اجرای عدم اجرا تعهدات اصلی (مواد ۲۲۱ و ۲۲۲) هیچ صحبتی از اجبار نمی کند و ضمانت اجرای آنرا صرفاً مسؤولیت مدنی متخلف تعیین کرده است که، همان گونه که در بند قبلی آمده است، با توجه به عدم امکان جمع مسؤولیت مدنی با اجبار به انجام تعهد، فسخ قرارداد از سوی متعهدله استنتاج می شود.

نتیجه مهمی که از این تحلیل بدست می آید این است که همان گونه که در حقوق کشورهای دیگر در مبحث ضمانت اجرای عدم اجرای قرارداد، تعهدات اصلی و فرعی را تفکیک می کنند و نقض تعهدات اصلی را یک نقض اساسی و موجب حق فسخ برای زیان‌دیده می دانند و نقض تعهدات غیر اساسی را صرفاً موجب جبران خسارت (ر.ک ص ۴ به بعد). بدین ترتیب، در حقوق ایران هم این تفکیک و آثار آن بدست می آید. با این توضیح که تعهدات موضوع شرط، جزء تعهدات جزئی و فرعی است که فسخ در آن راه ندارد و قانونگذار اجبار مشروط علیه و اجرای تعهد به هزینه

او را ضمانت اجرای نقض چنین تعهداتی تعیین کرده است. در حالی که تعهدات مذکور در عقد (تعهداتی که قید قرارداد هستند) جزء تعهدات اصلی هستند که نقض آن یک نقض اساسی خواهد بود و قانونگذار ضمانت اجرای آن را با آن که در مقام بیان بوده است (مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م) اجبار متخلف به انجام تعهد ذکر نکرده است بلکه مسؤلیت مدنی متخلف در مقابل زیان‌دیده دانسته است که به جهت این که مسؤلیت مدنی عدم انجام تعهد با اجبار به انجام تعهد قابل جمع نیست و خسارت، بدل اصل تعهد است نتیجه شد (ر.ک: ص ۱۲) که این امر به دلالت التزامی، موجب حق فسخ برای متعهدله است و بدین ترتیب مانع اصل لزوم که به نظر مشهور یکی از موانع حق فسخ برای زیان‌دیده بود برداشته می شود و نقض تعهدات اصلی هم از اسباب خیار فسخ خواهد بود. خیاری که برخی از فقها آن را خیار الامتناع نامیده اند (کتاب البیع/ ۳۷۲/۵).

۳. همان گونه که ملاحظه شد (ر.ک: ص ۸) بسیاری از فقها بویژه فقهای معاصر، عدم انجام تعهد را موجب حق فسخ برای متعهدله می دانند تا با فسخ عقد، ضرر از او دفع شود. بنابراین قاعده فسخ به جهت عدم انجام تعهد، واجد پشتوانه فقهی نیز خواهد بود.

۴. در عقود معین هم موادی به چشم می خورد که صراحتاً عدم انجام تعهد را موجب حق فسخ برای متعهدله دانسته است. برخی از این مواد عبارتند از:

۱. مطابق ماده ۷۰۱ ق.م. تخلف از «مقررات» عقد ضمان که همان تعهدات اصلی طرفین عقد ضمان است یکی از اسباب فسخ عقد ضمان بشمار آمده است؛ بدین عبارت: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت حق فسخ نسبت به دین مضمون به و یا در صورت تخلف از مقررات عقد».

۲. بندهای ۷، ۸ و ۹ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ تغییر شغل، تعدی و تفریط و عدم پرداخت اجاره بها را که جزء تخلفات مستأجر از تعهدات ناشی از عقد اجاره است موجب حق فسخ و تخلیه برای موجر قرار داده است.

۳. مطابق قسمت اخیر ماده ۶ و ماده ۱۶ قانون پیش فروش ساختمان سال ۱۳۸۹ عدم تحویل واحد پیش فروش شده از سوی پیش فروشنده و عدم پرداخت اقساط بهاء یا عوض قراردادی در مواعد مقرر از سوی پیش خریدار که مهمترین تعهدات اصلی پیش فروشنده و پیش خریدار است موجب حق فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان است^۱ (داریوی، «قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان» ۱۴۷-۱۶۶).

ج) تعارض قاعده فسخ ابتدایی با برخی مواد قانون مدنی و توجیه آن

در مقابل مواد فوق الذکر که عدم انجام تعهد را موجب خیار فسخ برای متعهدله می داند مواد دیگری در قانون مدنی وجود دارند که ظاهراً عدم انجام تعهد صرفاً موجب حق اجبار برای متعهدله است. لکن با مذاقه بیشتر می توان از آنها تفسیری نمود که با قاعده فسخ به جهت نقض قرارداد هماهنگ باشد. برخی از این مواد و شرح آن در ذیل می آید:

۱. به موجب ماده ۳۷۶ ق.م. ضمانت اجرای تأخیر در تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن، «اجبار» بایع و مشتری حسب مورد در تسلیم یا تأدیه بیان شده است. بدین عبارت: «در

۱- «در صورت عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در مواعد مقرر، پیش فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم کننده سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف یک هفته به پیش خریدار اخطار نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت» (ماده ۱۶).

«چنان چه پیش فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد، واحد پیش فروش شده را تحویل پیش خریدار ندهد و یا به تعهدات خود عمل ننماید علاوه بر اجرای بند ۹ ماده ۲ این قانون مکلف است به شرح زیر جریمه تأخیر به پیش خریدار بپردازد مگر این که به مبالغ بیشتری به نفع پیش خریدار توافق بنماید. اجراء مقررات این ماده مانع از اعمال خیار برای پیش خریدار نیست» (ماده ۶).

صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می‌گردد.» لکن می‌توان گفت مقصود قانونگذار «تحدید» حقوق متعهدله به اجبار نیست بلکه منظور «امکان» اجبار است. به بیان دیگر، یکی از حقوقی که متعهدله دارد اجبار طرف دیگر به انجام تعهد است. زیرا به موجب قاعده‌ی منطقی اثبات شی‌نفی ماعداء نمی‌کند، امکان اجبار مانع حقوق دیگر نیست. دلیل درستی این استنباط، ماده ۳۵۹ ق.م. است که تأخیر در تأدیه ثمن را موجب خیار تأخیر تأدیه ثمن برای بایع می‌داند. پس نتیجه می‌گیریم که ماده ۳۷۶ ق.م. در مقام بیان تمام حقوق بایع و مشتری نبوده است. البته هر چند ماده ۴۰۶ ق.م. خیار تأخیر ثمن را مخصوص بایع دانسته است و برای مشتری از جهت تأخیر در تسلیم، خیارى قائل نشده است لکن، همانگونه که برخی حقوقدانان گفته‌اند (صادق‌نشاط، همان منبع) مقصود قانونگذار این است که مشتری به جهت تأخیر در تسلیم، خیار تأخیر با اوصاف و شرایط این خیار را ندارد نه این که هیچ‌یک خیار دیگری نداشته باشد (اثبات شی‌نفی ماعداء نمی‌کند).

بنابراین می‌توان گفت مشتری بر اساس قواعد عمومی (مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م.) می‌تواند بیع را فسخ کند.

۲. در باب اجاره ماده ۴۷۶ ق.م. فسخ اجاره به سبب امتناع موجر از تسلیم عین مستأجره را منوط به تعذر اجبار کرده است.^۱

ماده مزبور ظاهراً کاملاً منطبق با مقررات و احکام نقض شرط فعل است (مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ ق.م.). بنابراین ممکن است قرینه عدم پذیرش فسخ به جهت نقض تعهدات اصلی و پذیرش تئوری اجبار تلقی شود. در حالی که قسمت اخیر ماده ۴۹۶ ق.م. صرف تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است را موجب حق فسخ دانسته و آن را منوط به تعذر اجبار نکرده است. بدین عبارت: «... نسبت به تخلف از

۱- ماده ۴۷۶ ق.م.: «موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع موجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار مستأجر خیار فسخ دارد.»

شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد.» برخی نویسندگان حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها/۳/۲۶۹؛ امامی، حقوق مدنی، همان منبع) از یک طرف از آنجایی که نقض تعهدات اصلی را موجب فسخ نمی‌دانند واژه شرایط در ماده ۴۹۶ ق.م. را در معنای شروط ضمن عقد (شرط فعل) گرفته‌اند. از طرف دیگر، آن را استثنایی بر قاعده حاکم بر شرط فعل دانسته‌اند. زیرا مطابق قاعده‌ی حاکم بر شرط فعل حق فسخ صرفاً در نتیجه تعذر اجبار یا عدم امکان انجام شرط به هزینه متعهد بوجود می‌آید. حال آن که ماده‌ی مزبور صرف تخلف از انجام شرط را موجب حق فسخ برای متعهد دانسته است. در حالی که واژه شرایط به جهت اطلاق آن اعم از مفاد عقد و شرط است.

در رفع تعارض مواد ۴۷۶ و ۴۹۶ ق.م. می‌توان گفت که ماده‌ی ۴۹۶ ق.م. مربوط به فرضی است که طرفین راجع به تعهداتشان توافق خاصی کرده‌اند، اعم از این که این توافق ضمن عقد باشد یا ضمن شرط و ماده ۴۷۶ ق.م. نیز مربوط به فرضی است که چنین توافقی نشده است. برای مثال، اگر در ضمن عقد اجاره طرفین تاریخ معینی برای تسلیم عین مستأجره و پرداخت اجاره بهاء تعیین کرده باشند عدم تسلیم عین مستأجره بر خلاف ماده ۴۷۶ ق.م. موجب حق فسخ برای مستأجر خواهد بود اگرچه ضمن عقد ذکر شده باشد. اما اگر تاریخ معینی تعیین نشده باشد موضوع به جهت این که بین طرفین توافق نشده است مشمول ماده ۴۷۶ ق.م. خواهد بود. اگر این تفسیر پذیرفته شود از آنجایی که طرفین در عمل غالباً راجع به تمام تعهداتشان توافق خاصی می‌کنند لذا در اغلب موارد، روابط طرفین مشمول ماده ۴۹۶ ق.م. خواهد بود که صرف تخلف، موجب فسخ خواهد بود.

۳. به موجب ماده ۵۳۴ ق.م. ترک عامل در عقد مزارعه در ابتدا یا اثنای عمل که نوعی نقض قرارداد است به مزارع حق می‌دهد که عامل را اجبار یا عمل را به خرج عامل ادامه دهد و در صورت عدم امکان، عقد را فسخ کند. بدین عبارت «هر گاه عامل

در اثنا یا در ابتدای عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد حاکم به تقاضای مزارع، عامل را اجبار به انجام عمل می کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می دهد و در صورت عدم امکان، مزارع حق فسخ دارد.»

گرچه ماده مذکور فسخ ابتدایی را نپذیرفته و آن را به عدم امکان اجبار و عدم انجام آن به هزینه عامل منوط کرده است و ظاهراً منطبق با احکام شرط فعل و نظر مشهور است، لکن ماده مزبور دو تفاوت اساسی با مقررات شرط فعل و تئوری اجبار دارد: اولاً- بر خلاف نظر برخی نویسندگان (عقود معین، مشارکت ها و صلح/۱۱۳) مطابق ماده ۵۳۴ ق.م. مزارع «اختیار» دارد که عامل را اجبار کند یا عمل را به خرج عامل ادامه دهد. در حالی که مطابق احکام شرط فعل (مواد ۲۳۷ - ۲۳۹ ق.م) و تئوری اجبار انجام عمل به خرج متعهد بعد از مرحله اجبار قرار داشته و مشروط به عدم امکان اجبار است. ثانیاً- مطابق مقررات شرط فعل (ماده ۲۳۹ ق.م) فسخ فقط در صورتی مجاز است که فعل مشروط از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب مشروط علیه انجام دهد. به بیان دیگر، مباشرت مشروط علیه طبیعتاً یا به موجب شرط لازم باشد؛ در غیر این صورت فسخ ممکن نیست. پس اگر عمل قائم به شخص متعهد نباشد در صورت عدم امکان اجبار عمل باید به خرج متعهد انجام شود و حتی اگر او توانایی پرداخت هزینه را نداشته باشد این هزینه بر ذمه او باقی می ماند و تابع مقررات اعسار خواهد بود. در حالی که مطابق ماده ۵۳۴ ق.م. اگر انجام عمل به خرج عامل به جهت اعسار او ممکن نباشد مزارع می تواند عقد را فسخ کند. پس، اگر مزارع گزینه انجام عمل به خرج عامل را انتخاب کند علاوه بر این که نیازی به اجبار عامل ندارد بلکه در صورت اعسار عامل، عقد قابل فسخ خواهد بود و این تقریباً همان فسخ ابتدایی است و اگر عامل توان پرداخت هزینه را داشته باشد غالباً مزارع نیازی به فسخ نخواهد داشت.

نتیجه

از مجموع مطالب پیشین این نتایج بدست می آید:

۱. اعمال مطلق تئوری اجبار و عدم پذیرش فسخ در فرض عدم انجام تعهد موجب مشکلات فراوان اجتماعی و اقتصادی است. به همین دلیل در حقوق دنیا عدم انجام تعهد در صورتی که نقض اساسی تلقی شود موجب حق فسخ برای متعهدله است.

۲. در نظام حقوقی ایران موضوع از منظر فقه، قوانین و دکترین قابل بررسی است. در فقه مسأله از مسائل اختلافی است و بسیاری از فقهای معاصر در فرض امتناع یک طرف از انجام تعهد برای طرف مقابل قایل به حق فسخ هستند. از منظر قوانین، قانون مدنی در مبحث اثر معاملات که جای مناسب بیان این موضوع است سخنی از ضرورت اجبار نمی گوید بلکه به بیان مسؤلیت متخلف به جبران خسارت اکتفا کرده است (ماده ۲۲۱ ق.م.) که به عقیده ما با توجه به عدم امکان جمع اجبار به انجام تعهد و مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد ماده مذکور به دلالت التزامی، فسخ قرارداد را در فرض عدم انجام تعهد تجویز کرده است.

از منظر دکترین، نظر مشهور با وحدت ملاک از مقررات شرط فعل (مواد ۲۲۹-۲۲۷ ق.م) و اصل لزوم به تئوری اجبار گرایش دارد. لکن به نظر می رسد که قیاس نقض شرط فعل و نقض تعهدات قراردادی به جهت این که تعهدات موضوع شرط در مقایسه با تعهداتی که قید قرارداد هستند جنبه فرعی دارند و ارزش آنها یکسان نیست، قیاس ناروایی باشد. و اگر تحلیل ما از ماده ۲۲۱ ق.م. هم پذیرفته شود (دلالت التزامی بر فسخ ر.ک.ص ۱۲) عدم انجام تعهد خود یکی از اسباب خیرات قانونی خواهد بود؛ آن چه که برخی از فقها «خيار الامتناع» نامیده اند. بنابراین مانع اصل لزوم هم برداشته خواهد شد. در عقود معین هم موادی وجود دارد که صراحتاً دلالت بر فسخ ابتدایی دارند (مانند مواد ۷۰۱ و ۴۹۶ قانون مدنی) بند ۷، ۸ و ۹ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، مواد ۶ و ۱۶ قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹) البته در مقابل هم موادی وجود دارند که ظاهراً با تئوری اجبار منطبق است (مواد ۳۷۶، ۴۷۶ و ۵۳۴ ق.م.) لکن علاوه بر این که می توان از این مواد تفسیری نمود که مانع فسخ نباشند با تئوری اجبار هم کاملاً

منطبق نیستند. چون در این تئوری مطابق مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ ق.م. در صورتی که اجبار ممکن نباشد تعهد به خرج متعهد به وسیله شخص دیگر انجام می‌شود و فقط در صورتی که تعهد طبیعتاً یا به موجب شرط قائم به شخص متعهد باشد و قابل انجام به وسیله شخص دیگری نباشد متعهدله می‌تواند عقد را فسخ کند. در حالی که مطابق ماده ۴۷۶ ق.م. صرف تعذر اجبار موجد به تسلیم عین مستأجره، موجب حق فسخ برای مستأجر خواهد بود. همچنین در ماده ۵۳۴ ق.م. اجبار مزارع به انجام عمل و انجام عمل به خرج عامل در عرض یکدیگر قرار دارند و انتخاب آن با مزارع است، در حالی که مطابق تئوری اجبار انجام تعهد به هزینه متعهد به وسیله شخص دیگر در مرحله بعد از اجبار یعنی در صورت تعذر اجبار قرار دارد.

از طرف دیگر با وضع ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز یک تغییر اساسی در تئوری اجبار و مقررات شرط فعل که قواعد عمومی تئوری اجبار در حقوق ایران است، رخ داده است. به این ترتیب که مطابق ماده مذکور در صورتی که موضوع حکم انجام عمل معینی باشد و محکوم^۱ علیه از اجرای آن امتناع کند محکوم^۲ له اختیار دارد که عمل را به هزینه محکوم^۲ علیه به وسیله شخص دیگر انجام دهد یا صرفاً هزینه لازم از محکوم^۲ علیه مطالبه کند که در این صورت نیازی به انجام عمل نخواهد بود و تعهد با پرداخت هزینه که بدل آن خواهد بود ساقط خواهد شد. در حالی که مطابق مقررات شرط فعل الزاماً باید تعهد به هزینه متعهد به وسیله دیگری انجام شود و گزینه مطالبه هزینه اجرا بدون انجام عمل وجود ندارد. بنابراین می‌توان گفت که ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، مقررات شرط فعل را (ماده ۲۳۸ ق.م.) اصلاح کرده است.

منابع

- اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، **اصول قراردادهای تجاری بین المللی**، ج ۱، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۷۹.
- انصاری، مرتضی، **المکاسب**، جلد ۶، قم، انتشارات شریعت، ۱۴۲۲ق.

- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد اول، ج ۶، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة ۱۳۶۶.
- حسینی سیستانی، سید علی، **منهاج الصالحین**، قم، مکتب آیت الله سیستانی، ج ۱، ۱۴۱۵ق.
- خمینی (امام)، سید روح الله، **کتاب البیح**، جلد ۵، قم، انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۸.
- خوئی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، جلد ۲، ج ۲، نجف، بی تا، ۱۴۱۱ق.
- دارویی، عباسعلی، «**قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان**»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۲، شماره ۲ تابستان ۱۳۹۱.
- سبزواری، محمد باقر، **کفایه الأحکام**، قم، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱.
- شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)**، ج ۳، ج ۴، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- شیروی، عبدالحسین، «**فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد**»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۸.
- صادقی نشاط، امیر، «**حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران**»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۴ زمستان ۱۳۸۸.
- صفایی، سید حسین و الفت، نعمت الله، «**اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد**»، هفته نامه مفید، شماره ۷۹، ۱۳۸۹.
- صفایی، سید حسن، **حقوق بیع بین المللی**، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، ج ۳، ج ۳، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
- _____، **حقوق مدنی، عقود معین (مشارکت ها و صلح)**، ج ۶، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳.
- _____، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی (عقد و ایقاع)**، ج ۲، تهران، انتشارات شرکت انتشار، ۱۳۷۱.
- موسوی بجنوردی، سید حسن، **القواعد الفقهیه**، ج ۳، نشر الهادی، قم، ۱۳۷۷.
- میرزا نژاد جویباری، اکبر، «**بחי پیرامون نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰**»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸، ۱۳۸۱.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۷، ج ۸، تهران، انتشارات دار الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- Benabent, A, Droit civil, (les obligations), montchrestien, 5 Edition, 1995.
- Beatson, J, Anson's law of contract, oxford, 27th Edition, 1990.
- Chitty, contracts, v. I (General principles), sweet & Maxwell, 24th Edition 1977.
- Malaurie, P. Aynes, L., course Droit civil, T. VI (les obligations), 6 editions 1995.