

حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران

امیر صادقی نشاط*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۳/۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۶/۲۸)

چکیده:

در حقوق ایران مشهور چنین است که هرگاه متعهد از انجام تعهدات خویش کوتاهی کند، طرف دیگر حق ندارد ابتدائاً قرارداد را فسخ نماید بلکه باید ابتدا به دادگاه مراجعه نموده الزام متعهد را به اجرا درخواست نماید و تنها در صورتی که این درخواست ولو با هزینه متعهد و توسط دیگری ممکن نباشد، می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. این نظریه که همواره بر حقوق کشور حاکم بوده است، ضمن آن که گاه مشکلات و بی‌عدالتی‌هایی را موجب می‌شود، هیچ اصلی نه در فقه دارد؛ که اساس حقوق ما را تشکیل می‌دهد و نه هماهنگ با حقوق کشورهای توسعه یافته و نظام حقوق تجارت بین‌المللی است و نه حتی توجیهی محکم می‌توان برای آن در قانون مدنی یافت. نظریه نویسنده این مقاله برخلاف نظریه مشهور، امکان تقدم فسخ قرارداد مبتنی بر ادله فقهی، قانون مدنی و هماهنگ با اصول حقوقی پذیرفته شده در جهان است.

واژگان کلیدی:

قرارداد، فسخ، الزام به اجرا، فقه، قانون مدنی، حقوق فرانسه، کامن لو، حقوق تجارت بین‌الملل.

Email: asneshat@ut.ac.ir

* فاکس ۶۶۴۰۹۵۹۵

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«بیع کالی به کالی»، سال ۱۳۷۹، شماره ۴۷.

۱- مقدمه- طرح موضوع

با اینکه در میان ضمانت اجرای قراردادهای نظیر حق حبس، الزام به اجرا، اجرای قرارداد با هزینه متعهد و توسط دیگری، استفاده از وجه التزام برای اجرای تعهد و فسخ قرارداد، گاه مورد اخیر به لحاظ طبع معامله، بازار مورد معامله یا شخصیت و نیت سوء متعهد، مناسبترین راه برای جلوگیری از ادامه مشکل پیش آمده ناشی از عدم اجرای قرارداد و توقف ایراد خسارات به متعهدله و اجرای عدالت است. در عین حال نظر حقوقدانان مدنی بر آن است که در حقوق ایران وجود این حق در صورتی خواهد بود که راههای دیگر به ویژه الزام به اجرای تعهد از طریق محاکم، ممکن نباشد.

این نظر مناسب طبع تجاری نیست و تجار ترجیح می دهند در بسیاری از موارد به محض مواجهه با کوتاهی طرف معامله از آن صرف نظر کرده، کالای مورد نیاز را از منبع دیگر خریداری کنند و یا به شخص دیگری بفروشند. سرعت، سهولت، بی دردسر بودن و حداقل کم هزینه بودن این روش نسبت به سایر روشها به ویژه الزام به اجرای تعهد از طریق محاکم یا داوری با استخدام وکیل دعاوی، و خصوصاً در دعاوی بین المللی امتیاز فراوان فسخ را به روشنی نشان می دهد.

این برتری خاص تجارت نیست و در معاملات مصرف کننده نیز می توان آن را ملاحظه کرد. مصرف کنندگان معمولاً ترجیح می دهند با متعهد متخلف به طریق فسخ عمل کنند و مایحتاج خود را از منبعی دیگر تأمین نمایند و برای هر مورد ریز و درشتی به دادگاه مراجعه نمایند. بدیهی است تمام این موارد را نمی توان توافق ضمنی طرفین بر اقاله تفسیر یا تعبیر نمود زیرا چه بسا متعهد متخلف در عین حال رضایتی به از دست دادن معامله نباشد ولی چاره‌ای جز پذیرش رفتار مشتری ندارد.

در موارد دیگر، خارج از حوزه تجارت و معاملات مصرف کننده نیز می توان شاهد معاملاتی بود که ملاحظات فوق در آنها جریان دارد. خریدار طماعی که سرمایه کافی ندارد ولی به اقساط املاک روستائیان را در فصولی از سال مانند پاییز و زمستان که بها نسبت به بهار و تابستان سال بعد معمولاً پائین تر است. خریداری می کند با این برنامه که با فروش مجدد یا ویلاسازی و واگذاری آنها به دیگران بتواند اقساط خرید املاک را پرداخت کند و از این راه سود سرشاری تحصیل نماید. چه بسا به عللی که خارج از اختیار اوست از پرداخت اقساط باز می ماند و یا حتی ترجیح می دهد با پولهای به دست آمده به جای تأدیه بدهی خود به فروشندگان اولیه، مجدداً معاملات دیگر نماید و لذا در پرداخت بدهی خود تعلل می ورزد. عدم امکان فسخ از سوی فروشندگان املاک و منحصر نمودن راه آنان به دریافت وجه معامله از طریق قضایی با این توجیه که قرارداد صحیح منعقد شده و طرفین مالک عوضین شده‌اند، و

بنابر اصله اللزوم قرارداد قابل فسخ نیست و لذا فروشنده تنها می‌تواند ثمن معامله را مطالبه کند، زیان و زحمت زیادی برای فروشندگان ملک فراهم می‌آورد که چه بسا موافق با عدل انصاف نباشد (اصغری، ص ۱۱۵). تازه فرض فوق در موردی بود که خریدار متخلف، از ابتدا سوء نیت نداشته باشد و صرفاً به اصطلاح زرنگ یا بی مبالا نسبت به حقوق مردم بوده باشد ولی شبیه موارد فوق از سوی افراد کلاهبردار و متقلب نیز که از اول قصد نامشروع دارند، کم نیست.

در تمام موارد فوق، قول به تأخر رتبه حق فسخ متعهدله نسبت به سایر طرق تأمین حقوق وی، چه بسا موجب اضرار و حتی عسر و حرج او گردد. البته از نظر دور نمی‌توان داشت که قول مطلق به حق فسخ برای متعهدله نیز گاه ممکن است موجب بی عدالتی از طرف دیگر گردد و آن هنگامی است که قرارداد ولو با تأخیر هنوز مطلوبیت اساسی خود را داشته باشد و یا تعهدات به شکل انجام شده قابل تکمیل و رفع نقص باشد و یا حتی بدون رفع نقص به لحاظ جزئی بودن نقض، قابل جبران به طرق دیگر مانند محاسبه ما به التفاوت در بها گردد، که در این صورت‌ها متعهد اجمالاً به تعهدات خود عمل نموده و نمی‌توان با قائل شدن حق فسخ برای طرف دیگر، موجبات زیان یا عسر و حرج برای متعهد را فراهم آورد. در صورت‌های اخیر، مورد تعهد انجام شده یا قابل انجام محسوب می‌شود و از فرض مسأله که عدم انجام تعهد است، موضوعاً خارج خواهد بود ولی اشکال در این است که حقوقدانان ما با استناد به برخی مواد قانون مدنی به طور مطلق و بدون تفکیک مسائل به نحو فوق، قائل به تأخر حق فسخ نسبت به الزام متعهد به اجرای قرارداد یا اجرای آن با هزینه وی و توسط دیگران هستند. ما در نظر داریم در این مقاله، ابتدا به بررسی موضوع و احکام آن در حقوق برخی کشورها که موضوعی متفاوت دارند، بپردازیم و سپس مقررات حقوق تجارت بین‌الملل را تحت بررسی قرار دهیم و آنگاه به جایگاه مسأله در فقه که مبنای حقوق ایران است نظر کنیم و در نهایت تحلیل و نظریه خود را نسبت به موضع حقوق ایران بیان و ادله آن را ارائه نماییم.

۲- طرح مسأله در حقوق سایر کشورها

۲-۱- حقوق فرانسه

اصولاً موضع حقوق فرانسه در قراردادها آن است که حتی الامکان به اجرا درآیند و متعهدله نتواند به سهولت قرارداد را فسخ نماید. ولی در عین حال راه اخیر کاملاً مسدود نیست و اگر به لحاظ عملی، اخلاقی یا حقوقی اجرای قرارداد غیرممکن باشد امکان فسخ قرارداد وجود خواهد داشت. امکان اخلاقی مربوط به زمینه‌هایی است که از آزادی افراد حمایت می‌شود و مثلاً اگر متعهدی که تخلف نموده است حسن نیت نداشته باشد ممکن است طرف دیگر این

حق را پیدا کند که قرارداد را فسخ کند و در مقابل اگر متعهد با حسن نیت عمل کرده ولی در عین حال از موازین قراردادی تخلف نموده باشد، می‌تواند این امکان را از دادگاه تحصیل کند که تعهدات خویش را تکمیل نماید و از فسخ شدن قراردادی که مقدمات اجرای آن را فراهم آورده است جلوگیری نماید (Bell, Boyron & Whittaker, p.348). وجود قید دادگاه برای جلوگیری از سوءاستفاده از احترام به قرارداد و لزوم آن از یک طرف و امکان استفاده از حق فسخ از طرف دیگر است. بنابراین، هرگاه برای دادگاه احراز شود که تعهدات به طور جدی نقض شده بنابه مورد و با توجه به اوضاع و احوال اجازه فسخ برای تمام یا بخشی از قرارداد را به متعهدله خواهد داد و در صورت فسخ جزئی، متعهدله به پرداخت برای بخش انجام شده که برای او مفید بوده است خواهد بود (ibid, 359. Voirin & Goubeaux, p. 366. Simon, p. 157).

بدین ترتیب، محاکم فرانسه با استناد به مواد ۱۱۸۴ و ۱۶۱۰ قانون مدنی این کشور مرجع احراز و اجازه اعمال حق فسخ یا ابقای قرار دادند و سعی می‌کنند با برقراری تعادل بین حقوق طرفین و جلوگیری از سوءاستفاده متعهد از لزوم قرارداد از یک طرف و سوءاستفاده متعهدله در اعمال حق فسخ از طرف دیگر، در صورت بقای مطلوبیت اجرای قرارداد ولو با مهلت اضافی به متعهد با حسن نیت، حکم به اجرای تعهدات بدهند و اگر دو شرط فوق وجود نداشته باشد از اجازه اعمال حق فسخ به متعهدله دریغ نمی‌کنند. آنچه در فوق در وجود حق فسخ برای متعهدله گفتیم، به معنای حق او برای درخواست الزام متعهد به اجرای قرارداد نیست و تنها به آن معناست که وی حق دارد به یکی از دو طریق (الزام به اجرا و یا فسخ قرارداد) تمسک پیدا کند و این دادگاه خواهد بود که با توجه به اوضاع و احوال ممکن است فسخ قرارداد را نپذیرد و یا علی‌رغم موضع اصلی خود مبنی بر ترجیح اجرای قرارداد، این درخواست را اخلاقی، حقوقی و یا به لحاظ عملی غیرممکن تشخیص دهد و فسخ را تجویز نماید (Weill, P. 808 به نقل از صفایی، ص ۲۲۳).

۲-۲- حقوق عرفی (کامن لو)

برعکس حقوق نوشته، حقوق عرفی، ظاهراً به لحاظ همین ماهیت عرفی آن در زمینه فسخ قرارداد موضعی سهل‌تر دارد و آن را بر الزام به اجرای قرارداد ترجیح می‌دهد به طوری که به محض نقض تعهد در شروط اساسی قرارداد، طرف مقابل هر دو حق فسخ قرارداد و دریافت خسارت را به نحو توأم خواهد داشت. در این نظام حقوقی شروط قراردادی به دو بخش اصلی (Condition) و غیر اصلی یا التزام (Warranty) تقسیم می‌شود با این ثمره که نقض تعهدات اصلی منجر به حق فسخ و دریافت خسارت خواهد شد ولی نقض التزامات اخیر تنها به متعهدله حق خواهد داد که به جبران خسارت روی آورد و حق فسخ نخواهد داشت (Cheshire & Others, p. 681).

تعهدات پیش شرط برای تعهدات طرف مقابل نیز نوعاً Condition محسوب می‌شوند (McMeel, p. 388-389 Gerard). مثلاً هرگاه قراردادی برای خرید کالا یا خرید و نصب کارخانه یا حمل بار منعقد گردد و در آن بر روش اعتبار اسنادی برای پرداخت وجه قرارداد توافق کنند، یا مثلاً صدور کالای مورد معامله از نوع خاصی باشد که صدور آن منوط به تحصیل مجوز صادرات از کشور مبدأ توسط فروشنده باشد، در بندی از قرارداد توافق می‌کنند که بنا به مورد، هرگاه بند مربوط به گشایش اعتباری توسط خریدار انجام گرفت، و یا هرگاه بند مربوط به تحصیل مجوز صادرات توسط فروشنده صورت پذیرفت، قرارداد اجرایی گردد و آغاز قرارداد از همان تاریخ خواهد بود (Commencement Date). در این موارد شرط فوق، ضمانت اجرایی قویتر از سایر موارد تحت عنوان Condition دارند و اصولاً در صورت عدم انجام، نیاز به اعمال حق فسخ هم نیست و قرارداد خود به خود کان لم یکن تلقی خواهد شد.

موارد الزام به اجرای قرارداد در کامن لو محدود و بنا به صلاحدید دادگاه است و اگر پرداخت خسارت برای جبران زیان دیده کفایت کند، یا دادگاه نتواند بر اجرا نظارت داشته باشد، یا قرارداد جنبه شخصی داشته باشد (مثلاً کارفرما کارگر خود را اخراج کرده باشد)، یا متعهد صغیر باشد، یا قراردادی برای اعطای وام منعقد شده باشد، و خلاصه اگر کالای خریداری شده منحصر به فرد نباشد، دادگاه حکم به الزام به اجرای قرارداد نخواهد داد (Charlesworths – Schmitthof & Sarre, p.178).

در خصوص تأخیر نیز اصولاً تأکید بر اهمیت بسبسی زمان در معاملات تجاری است و نقض آن می‌تواند منجر به حق فسخ برای متعهدله گردد (Hoyle, p.71)، ولی در عین حال اگر اوضاع و احوال نشان دهد که چنین وصفی موجود نیست، ممکن است دادگاه فسخ قرارداد را تأیید نکند (Wishart, p. 301-340).

بنابراین کامن لو، متعهد را معطل و موظف به الزام اجرای قرارداد توسط متعهد متخلف نمی‌کند بلکه برعکس با تکلیف دیگری که به عهده متعهدله می‌گذارد یعنی وی را به تقلیل خسارت (Mitigation) موظف می‌نماید، و لذا او را به سوی انعقاد قرارداد جدید برای خرید یا فروش کالای مورد معامله با شخص دیگر سوق می‌دهد تا وی با تعلل نمودن در این کار و افزایش دادن خسارت نتواند متعهد را ملزم به جبران تمامی خسارت‌های وارده نماید.

در حقیقت قانون، خساراتی را که ناشی از تعلل و تأخیر متعهدله در تأمین نیاز خویش از منبع دیگر است را منتسب به متعهد نمی‌داند و تنها وی را مسؤول آن بخش از خسارات می‌شناسد که مسقیماً ناشی از تخلف او باشد (Charles worth - Schmitthof & Sarre, 172).

۳- حقوق تجارت بین‌الملل

دو سند مهم بین‌المللی مربوط به این زمینه وجود دارد که عبارتند از کنوانسیون بیع بین‌الملل (وین-۱۹۸۰) و اصول قراردادهای تجاری بین‌الملل مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT) که شایسته است هر دو مورد بررسی قرار گیرند.

۳-۱- کنوانسیون بیع بین‌الملل

این کنوانسیون که نسبتاً از سایر فعالیت‌ها و اقدامات انجام شده بین‌المللی در زمینه یکنواخت سازی قوانین کشورها موفقتر بوده است و توانسته در حد تنظیم یک سند، در تقریب نظامهای حقوقی مختلف در جهان توفیقاتی را حاصل نماید (گرچه در عمل و در میان تجار همچنان مهجور است و معمولاً بر قراردادهای بیع بین‌الملل حاکم نیست مگر آنکه معاملات عمده بوده و طرف‌های آن دولت‌ها باشند که نوعاً آنان برحاکمیت قانون کشور خاصی توافق نمی‌کنند و به اصول کلی حقوقی و قواعد بین‌المللی ارجاع می‌دهند)، برای حق فسخ قرارداد جایگاه مشخص و قویتری نسبت به الزام به اجرای آن قائل شده است.

از یک طرف در ماده ۲۸ اصولاً دادگاه را ملزم به پذیرش الزام به اجرای قرارداد از سوی متعهدله نمی‌کند مگر آنکه طبق قانون ملی خود در موارد مشابه چنین درخواستی را بپذیرد که این به معنای عدم اصرار کنوانسیون نسبت به الزام به اجرا نسبت به سایر راه‌ها است، و از طرف دیگر در مواد ۴۸ و ۶۴ به هر یک از خریدار و فروشنده حق می‌دهد در صورت وجود نقض اساسی در اجرای تعهدات از سوی طرف دیگر، قرارداد را فسخ نمایند (و اگر خسارتی را تحمل کرده‌اند آن را نیز مطالبه کنند).

تنها مانع اعمال حق فسخ از سوی متعهدله در کنوانسیون، اساسی نبودن نقض تعهدات است که در این صورت باید متعهدله به دریافت خسارت اکتفا نماید (مواد ۲-۴۵، ۲-۶۱ و ۷۴). اگر مورد نقض اساسی نباشد، نمی‌توان با اعطای مهلت اضافی و عدم اجرا از سوی متعهد قرارداد را فسخ نمود و از طرف دیگر، در مورد عدم تحویل مبیع نیز الزامی به دادن مهلت اضافی نیست.

بدین ترتیب به محض وجود نقض اساسی از سوی متعهد، طرف مقابل حق دارد قرارداد را فسخ کند و هیچ مانعی در این راه وجود نخواهد داشت (هجده نفر از دانشمندان، ج ۲، ص ۱۷۰). با وجود شرط فوق ممکن است راه‌های دیگر نیز مانند الزام به اجرا (به شرط موافقت دادگاه با توجه به قانون ملی خود)، درخواست بدل (در صورت عدم مطابقت کالای تحویل شده با مورد توافق) یا درخواست تعمیر (اگر با توجه به اوضاع و احوال معقول باشد) نیز به روی متعهدله باز باشد (ماده ۴۶) ولی اینها همه وی را از برگزیدن اعمال حق فسخ به جای آنها،

محروم نمی‌سازد. بنابراین متعهدله مجبور و محدود به درخواست اجرای تعهد نیست، ضمن آنکه اگر چنین درخواستی نیز داشته باشد، مطابق ماده ۲۸، پذیرش آن بستگی دارد به رویه قضایی و مقررات مقر دادگاه (که مثلاً در فرانسه نسبتاً به آن تمایل بیشتر وجود دارد و در کشورهای کامن لو برعکس است). همین طور اگر مغایرت کالای تحویل شده با مورد تعهد متضمن نقض اساسی باشد، خریدار می‌تواند یکی از دو راه فسخ یا دریافت بدل را برگزیند. اگر عدم مطابقت کالای تحویل شده در حد پیش گفته نباشد حق فسخ نخواهد بود ولی در هر صورت قبول تقاضای تعمیر نیز منوط به معقول بودن آن است و گرنه راه جبران آن پرداخت خسارت است (Honnold, p. 193 & 280-286).

۲-۳- اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه UNIDROIT

این سند گرچه از لحاظ اجرایی ضعیف‌تر از کنوانسیون ۱۹۸۰ است ولی به لحاظ آنکه توسط دانشمندان حقوق قراردادها و حقوق تجارت بین‌الملل از نظام‌های حقوقی بزرگ جهان در یک مؤسسه تخصصی و در فضایی بیشتر علمی تا اداری و سیاسی، و پس از سال‌ها مطالعات گسترده و طولانی تدوین شده است، ارزش علمی آن چه بسا بیشتر باشد به طوری که قابلیت آن را پیدا کرده است تا به ویژه در داوری‌های تجاری بین‌الملل به عنوان منبعی معتبر برای شناخت اصول حقوقی مورد قبول و توسعه یافته در سطح جهان به آن استناد شود (مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، ص بیست و پنج).

در این سند به ویژه طی فصل ۷ به تفصیل به انواع ضمانت اجرای تعهدات پرداخته و با فرمول‌های خاصی سعی در تعادل برقرارکردن بین وضعیت طرفین قرارداد و اجرای عدالت نموده است.

به طوری که از مواد مربوطه و شروح خود مؤسسه بر آنها در ذیل مواد استفاده می‌شود، الزام به اجرای تعهدات منوط به آن است که: از نظر حقوقی یا عملی ممکن باشد، عرفاً پرهزینه و سنگین نباشد، نتوان مورد تعهد را از منبع دیگری به طور متعارف به دست آورد، تعهد جنبه کاملاً شخصی نداشته باشد [ظاهراً مانند آنچه در کامن لو مطرح است]، و پس از آگاهی متعهدله از عدم اجرا ظرف مدت معقولی اجرای آن را مطالبه کرده باشد (م ۲-۲-۷). به هر حال، حتی در مورد مشروط اخیر نیز که می‌توان الزام به اجرا نمود، حق فسخ منتفی نیست و می‌توان طبق بند ۱-۳-۷ آن را اعمال نمود.

در خصوص حق فسخ موضع سند مزبور آن است که اصولاً در موارد جزئی نقض تعهدات، امکان فسخ نیست (مگر شرط ضمن قرارداد شده باشد) و در صورت تأخیر در اجرای تعهد نیز در صورتی امکان فسخ وجود خواهد داشت که خود مورد نقض نیز بیش از

بخشی کوچک از قرارداد را شامل شود و به عبارت دیگر دو عامل نقض زمان و اهمیت مورد نقض ضمیمه شوند (م ۵-۱-۷ و م ۱-۳-۷)، و در نهایت اینکه هرگاه مورد عدم اجرا، اساسی باشد اصولاً امکان فسخ قرارداد وجود خواهد داشت (و اجباری به تقدم درخواست الزام به اجرای قرارداد توسط متعهد یا با هزینه او نیست). ماده ۱-۳-۷ علاوه بر این مقرر، ضوابطی را طی بند ۲ برای تحقق عدم اجرای اساسی ذکر نموده که در آن به زیان‌های اساسی هر دو طرف عنایت شده است. این ضوابط عبارتند از:

الف- مورد نقض اساساً متعهده را از آنچه توقع وی از قرارداد بوده محروم کرده باشد،

ب- مورد نقض اهمیت اساسی در قرارداد داشته باشد،

ج- عدم اجرا از روی عمد و نه بی احتیاطی صورت گرفته باشد،

د- عدم اجرا متعهده را منطقاً به این باور رسانده باشد که نمی تواند به اجرای تعهد در

آینده از سوی متعهد اتکا کند،

ه- در صورت فسخ قرارداد، با عنایت به انجام شدن مقدمات اجرای تعهد از سوی متعهد،

وی با زیان نامناسبی مواجه نخواهد شد.

قیود فوق برای آن است که فسخ قرارداد در صورتی مجاز شود که واقعاً متعهده از حقوق

و منافع خود در برابر عوضی که به متعهد پرداخت می‌کند محروم شود و گرنه چنانچه با جبران

مابه التفاوت، از اصل مقصود خویش مطابق قرارداد محروم نشود جایی برای فسخ قرارداد

نخواهد بود. مورد فوق مانند موردی است که در انجام تعهد تأخیر شده ولی اقدامات لازم و

مقدمات انجام تعهد از سوی متعهد انجام گرفته و پس از موعد قراردادی قابل تحویل باشد و

متعهده بتواند از آن بهره برداری کند و تأخیر را نیز با دریافت خسارت جبران نماید.

از موارد دیگر فسخ که در این سند به طور مشخص و مستقل به آن پرداخته شده است

موردی است که اجرای تعهدات قراردادی با دشواری (Hardship) زیاد مواجه شده باشد به

طوری که تعادل قراردادی به جهت افزایش یا کاهش ارزش یکی از عوضین پس از انعقاد

قرارداد به نحو اساسی برهم خورده باشد آن هم در صورتی که آن وضعیت در زمان انعقاد

قرارداد غیرقابل پیش بینی و خارج از کنترل زیان دیده بوده و وی مسؤولیت وقوع احتمالی آن

را نپذیرفته باشد (م ۲-۲-۶). در این وضعیت دادگاه می تواند به درخواست ذی نفع قرارداد را

در تاریخ و با شروطی که معین می کند فسخ کند و یا قرارداد را تعدیل نماید که این خود بر

فسخ قرارداد اول دلالت دارد (م ۳-۲-۶). همان طور که در بالا اشاره شد شرط اعمال مقررات

فوق آن است که تعادل قراردادی به نحو اساسی برهم خورده و به عبارت دیگر متعهد با عسر

و حرج مواجه شده باشد و نه آنکه صرفاً اجرای تعهد مقداری دشوارتر شده باشد که در این

صورت حتی اگر متضمن ضرر هم باشد باید قرارداد اجرا گردد (م ۱-۲-۶).

از کل مطالب گفته شده در این قسمت معلوم می‌شود که گرچه در هر دو سند مهم بین‌المللی یادشده تأثیر کامن لو در فسخ قرارداد زیاد است ولی این تأثیر در سند مربوط به UNIDROIT با ملاحظات حقوقی دیگران، تعدیل شده به طوری که از یک طرف به استحکام و ثبات قراردادها پایبند است و از طرف دیگر بدون پافشاری زیاد بر آن حتی در صورت نقض اساسی تعهدات از سوی متعهد، متعهدله را به زحمت و عسر و حرج نمی‌اندازد و او را به جای اختیار فسخ، مجبور به اقامه دعوی جهت الزام متعهد به اجرای قرارداد خواه شخصاً یا با هزینه او نمی‌نماید. ضمناً از سوی دیگر، حتی‌الامکان این حق را زمینه‌ای برای متضرر شدن متعهدی که به هر حال مقدمات انجام تعهد را مهیا کرده و هزینه‌هایی را متحمل شده قرار نمی‌دهد به طوری که اگر آنچه قابل ایفا است و علیرغم سپری شدن موعد قراردادی، بتواند توقع متعهدله را از قرارداد برآورده سازد، اجازه فسخ را به او نمی‌دهد و فاصله پیش آمده را با دریافت خسارت، جبران می‌نماید.

فلسفه پیش بینی مهلت اضافی برای اجرای تعهدات، ناظر به همین وضعیت است و نه آنکه مورد نقض ناچیز باشد و صرفاً با اعطای مهلت اضافی، متعهدله امکان آن را پیدا کند که قرارداد را فسخ نماید و متعهدی را که آماده انجام تعهداتش است را در موضع زیان و خسارت قرار دهد.

۴- بررسی فقهی مسأله

بررسی مسأله در فقه از دو جهت ضروری و دارای ارزش فراوان است: اول آنکه، بحث‌های عمیق، تحلیلی و استدلالی که توسط فقها در مسائل گوناگون حقوقی صورت می‌گیرد، مشابه آن در سایر نظام‌های حقوقی در جهان ملاحظه نمی‌شود. ذهن نقاد و غیرقانع به ظواهر مطالب و بیان شقوق مختلف و تئوری‌های گوناگون اعجاب آور در فقه استدلالی و به ویژه با عنایت به بهره‌گیری از فن یا علم اصول، هیچ حقوقدان ژرف اندیش را رها نمی‌کند و او را ناچار می‌سازد که اگر بخواهد عمق مسائل را بیابد و آنها را از دیدگاه علمی مورد تحقیق قرار دهد، به این نظام حقوقی استوار و رفیع مراجعه نماید.

دوم آنکه، عرف حقوقی ایران نزدیک به هزار و چهارصد سال است که هماهنگ و بر اساس قواعد و مبانی حقوق اسلامی شکل گرفته و رفتار مردم هماهنگ با آن تنظیم شده است. عرف مبنا و اساس حقوق کشورهاست و مرجعی مهم برای تفسیر قوانین موضوعه و قراردادها محسوب می‌شود.

سوم این که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، طبق صریح اصل چهارم قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی

و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است». بدین ترتیب منطقی است که برای یافتن حکم هر مسأله در حقوق موضوعه کشور، به مبانی فقهی و آراء فقها توجه تام شود، در غیر این صورت مادام که حکم مسأله‌ای از این جهت توجیه درستی پیدا نکرده باشد، در حقوق ما نیز جایگاهی نخواهد یافت و محاکم مطابق آن حکم صادر نخواهند کرد.

نکته دیگری که در اینجا هست عبارت از آن است که باید متوجه تفاوت بین دو مفهوم فقه و متون فقهی بود. ممکن است مسأله‌ای تاکنون در متون فقهی و آراء فقها نیامده و یا مورد بحث قرار نگرفته باشد، ولی این بدان معنا نیست که آن مسأله یا موضوع از «فقه» نیز خارج است. فقه عبارت است از احکام اسلامی که از منابع آن مانند کتاب و سنت و عقل و اجماع استنباط شده یا قابل استنباط باشد، خواه در موضوعی تاکنون این استنباط و استخراج صورت گرفته خواه نگرفته باشد. هیچ موضوعی نیست که در فقه دارای حکم نباشد. وظیفه مجتهدین، از جمله، همین است که برای موضوعات جدید، یا برای موضوعات قدیم و در صورت اجتهاد متفاوت، حکم جدید استنباط کنند.

۱-۴- حق فسخ در کتب فقهی

این بحث در کتب فقهی عمدتاً در باب خیرات مطرح می‌شود و طی آن انواع خیرات خاص (مجلس، حیوان و تأخیر ثمن) و مشترک (غیر آنها) مطرح و ادله خاص و عام مربوط به هر یک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

منظور از ادله خاص، روایاتی است که مثلاً در خصوص خیار مجلس، تأخیر ثمن یا عیب وارد شده است و مراد از ادله عام، ادله‌ای است که برای اثبات خیرات به طور کلی مطرح می‌شوند مانند بناء عقلا، نفی ضرر، نفی عسر و حرج، المؤمنون عند شروطهم و امثال اینها. بدین ترتیب ادله اعم اند از خاص و عام، عقلی و نقلی. ضمن آنکه در برخی موارد ادله نقلی نیز خود بر همان مجرای بناء عقلا قابل حمل خواهند بود (امام خمینی، ج ۵ ص ۷).

به لحاظ تعداد، برخی از فقها تنها پنج قسم خیرات را ذکر نموده‌اند (محقق حلی، شرایع، ج ۲، ص ۱۵) و بعضی دیگر هفت گونه آن را برشمرده و بقیه را با این استدلال که «لیس له احکام مغایره لسایر انواع الخیار» به موارد یاد شده ارجاع داده‌اند (شیخ انصاری ج ۲ ص ۱۱، آیه الله خویی، ج ۶ ص ۱۵۱)، بر عکس گاه تعداد را تا چهارده گونه نیز رسانده‌اند (شهید اول، لمعه، ص ۱۱۸)، در حالی که برخی حتی به این احصاء نیز خورده گرفته و موارد متعدد را یادآور می‌شوند که در شمار آنچه نام برده شده نیامده است مانند خیار شفیع در حق شفعه (کاشف الغطاء، علی، ص ۹). در میان

متقدمین از فقها، برخی خيارات مشهور مانند غبن، مطرح نشده است (شهید ثانی، مسالك، ص ۱۹۴ و ۲۰۳).

از باب مقایسه تطبیقی بد نیست اشاره شود که آنچه در حقوق کشورها و کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع در موارد فسخ مطرح شده است، نوعاً قابل ارجاع به موارد معنون در کتب فقهی است و تشابهات زیادی بین آنها یافت می‌شود. ما در اینجا در مقام بیان تفصیلی تشابهات یا تفاوت‌های خيارات از دو منبع فوق نیستیم ولی از باب نمونه تنها به مواد ۴۹، ۱-۶۴ و ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌الملل و آنچه تحت عناوین خيارات تخلف وصف، تخلف شرط، عیب و تقلیس در فقه بیان شده اشاره است، توجه می‌دهیم.

لذا با عنایت به همین خيارات معنون، می‌توان بسیاری از موارد را که اصطلاحاً در حقوق تجارت بین‌الملل به آنها نقض اساسی تعهدات اطلاق می‌شود، از موارد حق فسخ در فقه محسوب نمود.

از طرف دیگر، از آنجا که اصولاً این امکان نیز وجود دارد که بسیاری از خيارات معنون و غیرمعنون، تحت عنوان خیار تخلف شرط اعم از صریح و ضمنی قرار گیرند، مثلاً خيارات عیب، غبن، تأخیر ثمن، تخلف وصف یا رؤیت، و امثال اینها از مصادیق خیار تخلف شرط ضمنی سلامت مبیع، بهای متعادل، عدم تأخیر ثمن، مطابقت با وصف و آنچه رؤیت شده و غیر اینها تلقی شوند (شیخ انصاری، ج ۲ ص ۱۰۳، آیه الله خویی، ج ۶، ص ۲۳۷)، لذا از این جهت نیز می‌توان نوعاً مواردی را که در حقوق دیگران با نقض اساسی تعهدات توصیف می‌شوند، تحت عنوان کلی تخلف شرط و خیار آن قرار داد.

فقها تصریح کرده‌اند که شرط کردن در معاملات و نیز خیار تخلف آن امری عقلایی در همه جا و همیشه است و در صورت تخلف از شروط عقلایی، دو امر متحقق می‌شود یکی حق الزام به اجرا و دیگری حق فسخ قرارداد، بدون آن که دومی مترتب بر اولی باشد (امام خمینی، ج ۵، ص ۱۴۴).

بنابراین وقتی تعهدی به صورت صریح یا ضمنی مورد توافق متعاقدين قرار گیرد، صرف نظر از نام یا عنوان آن، در صورت نقض موجب دو حق فسخ و الزام به اجرا خواهد شد بدون آن که یکی بر دیگری مقدم باشد. لذا قید عدم امکان الزام به اجرا برای تحقق حق فسخ، هیچ مبنای فقهی (و عرفی) ندارد.

حال اگر علی‌رغم آنچه گفتیم فرض شود موردی از نقض تعهد وجود داشته باشد که نتواند تحت یکی از اقسام معنون خيارات از جمله تخلف شرط قرار بگیرد، آیا طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت یا نه؟ پاسخ این سؤال را نیز در ادامه خواهیم داد.

۲-۴- خیار غیر معنون طبق موازین فقهی

ابتدا یاد آوری دو نکته ضروری است:

نخست، آنکه همان‌طور که در بالا دیدیم، عناوین خیارات توقیفی از سوی شارع مقدس نیستند تا نتوان تعداد آنها را تغییر داد و موردی جدید به آن افزود یا از آن کم کرد و یا به سایر عناوین ملحق نمود. تفاوت تعداد عناوین خیارات در کتب فقهی خود دلیل آن است که ایرادی نخواهد بود اگر بتوان موردی را با اسم یا بدون اسم به عناوین موجود افزود.

دوم، آنکه برای ثبوت خیار همواره دلیل خاص لازم نیست و ادله عام در این زمینه هر جا که مورد و مجرا داشته باشند جریان خواهند یافت و اثبات خیار خواهند نمود چه در شمار خیارات معنون قرار گیرد و چه نگیرد. بسیاری از خیارهای معنون اعم از آنکه دلیل خاص داشته و نداشته باشند مستظهر به همین ادله‌اند کما این که خیار غبن که اکثر متقدمین آن را از اقسام خیار ذکر نکرده‌اند، با استناد به ادله لاضرر، شرط ضمنی در عقد، بناء عقلاء و سایر ادله عامه مورد پذیرش فقها قرار گرفته است (نجفی، شیخ حسن، ج ۸ ص ۲۶۸ و آیه الله خوئی، ج ۶، ص ۲۳۷).

اینک در فرضی که فروشنده‌ای کالای مورد معامله را در موعد توافق شده تسلیم ننموده و یا متعهدی که مکلف به ارائه خدمتی در تاریخ معینی بوده است، به عهد خویش وفا نکرده است، و یا بنا بر اجرا نیز ندارد، دلیل معتبر وجود ندارد که متعهدله را از حق فسخ محروم بدانیم یا آن حق را منوط و مقید به عدم امکان الزام به اجرا از طریق دادگاه گردانیم. این قید، مبنا و منشاء شرعی ندارد و اصل بر عدم آن است، ضمن آن که مورد پذیرش یا معمول قاطبه عقلا نیز نیست کما این که در حقوق سایر کشورها و حقوق تجارت بین‌الملل و عرف مردم در معاملات جاری آنان به گونه‌ای دیگر عمل می‌شود.

اگر ادله عامه موجب ثبوت خیارات در موارد کم اهمیت تر (موارد معنون) می‌شوند، به طریق اولی برای عدم انجام تعهد یا تأخیر غیر قابل اغماض نزد عرف، چنین حقی را ایجاب می‌نمایند.

این نکته نیز از نظر دور نیست که گاه علی‌رغم تخلفات صورت گرفته هنوز ممکن است مورد تعهد برای متعهدله مطلوبیت اصلی را داشته و متعهد نیز برای انجام آن سرمایه‌گذاری کرده و مقدماتی مهم را فراهم کرده باشد. در این صورت قول مطلق به حق فسخ برای متعهدله، بز طرف دیگر موجب عسر و حرج و خسارت نامتعارف برای متعهد خواهد شد که این نیز مطابق قواعد گفته شده منفی است.

در جمع موارد فوق‌الذکر می‌توان گفت که اولاً حق فسخ برای متعهدله در صورت نقض اساسی قرارداد از سوی متعهد وجود دارد و مقید به عدم امکان الزام به اجرا یا قیود دیگر نیست، و ثانیاً این حق تنها وقتی می‌تواند منتفی باشد که ضمن ایجاد ضرر و عسر و حرج

برای متعهد، وی بتواند تعهداتش را علی‌رغم تخلفات جزئی، به نحوی که مطلوبیت اساسی برای متعهدله داشته باشد، انجام دهد (که در این صورت از وصف نقض اساسی نیز خارج می‌شود)، و ثالثاً هرگاه تراحمی در اجرای ادله عامه برای طرفین قرارداد پیش آید، ترجیح با متعهدله خواهد بود، زیرا که وی به هر حال قصوری نداشته است، و رابعاً اگر عدم یا تأخیر در اجرای تعهدات به سبب موارد تعذر (فورس ماژور) بوده باشد مسأله تابع احکام مورد مزبور بوده و از بحث جاری ما خارج خواهد بود.

به این نکته نیز اشاره کنیم که قول به تقدم الزام نسبت به حق فسخ نه تنها همواره به نفع متعهد نیست، که گاه بر عکس برای او بسیار دشوارتر از تحمل فسخ قرارداد است. حق الزام ممکن است حربه‌ای در دست متعهدله قرار گیرد تا در حالی که می‌تواند نیاز خود را از محل دیگری تأمین کند، متعهد را به زیان و عسر و حرج نا متعارف بیندازد، و چه بسا حاکم به چنین درخواستی ترتیب اثر ندهد زیرا که لا ضرار فی الاسلام.

۵- حقوق ایران

در این بخش، ابتدا آنچه تاکنون از سوی نویسندگان معتبر حقوق مدنی اظهار شده است نقل می‌شود و سپس نظریه نویسنده مقاله به همراه تحلیل مسأله و ذکر ادله آن ارائه خواهد گردید.

۱-۵- رأی صاحب‌نظران

نوعاً نویسندگان بزرگ حقوق مدنی در شروح خود بر قانون مدنی بر این عقیده‌اند که مادام که امکان الزام متعهد به اجرای قرارداد توسط خود او یا با هزینه وی توسط دیگران باقی است، حق فسخ قرارداد وجود نخواهد داشت. از باب نمونه می‌توان به موارد زیر اشاره نمود: مرحوم دکتر سیدحسن امامی در این زمینه به صراحت می‌نویسد: «قانون مدنی بعضی از کشورهای بیگانه اجازه داده که هر یک از متعاملین بتوانند در صورت تأخیر طرف دیگر از انجام تعهد، معامله را فسخ نمایند. زیرا با خسارت تأخیر تأدیه نمی‌توان همیشه خسارت متعهدله را جبران نمود و در صورتی که متعهد با اختیار از انجام تعهد امتناع نماید، سهل‌ترین وسیله برای اجبار او به انجام تعهد، دادن حق فسخ به متعهدله می‌باشد. قانون مدنی ایران این اصل را در معاملات پذیرفته و مادام که اجبار ممتنع صورت پذیر است، حق فسخ به متعهدله نمی‌دهد و فقط برای بایع در مورد تأخیر ثمن حق فسخ را با شرایط مزبور در ماده ۴۰۲ قانون مدنی شناخته و صریحاً آن را از مشتری در ماده ۴۰۶ قانون مدنی سلب نموده است. ماده ۴۰۶»

قانون مدنی: خیار تأخیر مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تأخیر در تسلیم مبیع این اختیار نمی‌باشد» (حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۵).

دکتر ناصر کاتوزیان نیز می‌نویسد: «در خیار تخلف از شرط فرض این است که متعهد به التزام خود وفا نمی‌کند و اجبار او نیز میسر نمی‌شود و به وسیله دیگران هم نتیجه مطلوب به دست نمی‌آید (ماده ۲۳۹ ق م) یا معلوم می‌شود که مورد معامله وصف مورد نظر را ندارد (ماده ۲۳۵) یا انجام دادن شرط ممتنع می‌شود (ماده ۲۴۰)، آن گاه طرفی که شرط به سود اوست و راهی برای رفع ضرر ندارد حق فسخ عقد را پیدا می‌کند» (قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۳۸). دکتر سیدحسین صفائی بر این عقیده اند که: «در حقوق ایران، مطابق مواد ۲۳۷ ق م در مورد شروط ضمن عقد و ۴۷۶ ق م در مورد اجاره، در رابطه با تعهدات اصلی در صورت نقض تعهد از ناحیه یکی از طرفین قرارداد، باید ابتدا اجرای عین قرارداد درخواست شود و فسخ قرارداد به عنوان آخرین چاره برای جبران ضرر در نظر گرفته شده است و جز در برخی موارد استثنایی مانند خیار تأخیر ثمن (ماده ۴۰۲ ق م) به محض نقض قرارداد طرف دیگر حق فسخ نخواهد داشت. بنابر این در حقوق ایران هم حق فسخ جنبه استثنایی داشته و شبیه کنوانسیون است. ولی مفهوم نقض اساسی در حقوق ایران وجود ندارد و در مورد که حق فسخ مطابق قانون برای یک طرف قرارداد ایجاد می‌شود، تفاوتی بین نقض اساسی و غیراساسی وجود ندارد» (حقوق بیع بین‌الملل، ص ۲۵۰-۲۴۹).

البته به نظر ما قول به شباهت بین حقوق ایران با کنوانسیون بیع بین‌الملل (۱۹۸۰) به نحو مذکور جای تأمل دارد ولی به لحاظ آن که مستقیماً از موضوع مقاله خارج است، از پرداختن به آن صرف نظر می‌گردد.

مرحوم منصورالسلطنه عدل نیز که از شارحان متقدم قانون مدنی است عقیده‌ای مشابه آنچه در بالا آمد دارند: «حل این مشکل با استعانت از مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ به عمل می‌آید و از مجموع مواد مزبور استنباط می‌شود که حق فسخ مشروط له حق مطلق نیست و بلکه مشارالیه در صورتی که بخواهد از حق فسخ استفاده کند باید قبلاً به حاکم رجوع نموده و اجبار مشروط علیه را برای اجرای شرط بخواهد» (حقوق مدنی، ص ۳۰۸).

۲-۵- نظریه نویسنده

نویسنده مقاله بر این عقیده است که امکان تقدم حق فسخ قرارداد نسبت به سایر ضمانت اجراها در حقوق ایران وجود دارد و رابطه سلسله مراتبی بین حق الزام و حق فسخ، قابل اثبات نیست و این دو حق همدوش یکدیگر وجود دارند. قید عدم امکان اجرا برای تحقق حق فسخ نه منشأ فقهی دارد و نه حتی در حقوق دیگر کشورها به این صورت است و نه روش و بنای

مردم بر این ترتیب استوار است و نه دلیل معتبری در قانون مدنی می‌توان برای آن یافت. ادله نظریه نویسندگان را می‌توان به شرح زیر ارائه داد:

اول- رد ادله تأخر حق فسخ

۱- دلیل عمده قائلین به نظر فوق همان مواد ۴۰۲ و ۴۰۶ قانون مدنی است که در مبحث خیار تأخیر ثمن ذکر نموده‌اند.

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

در واقع ایشان از دو ماده فوق یک مفهوم استخراج کرده‌اند به این شرح که در غیر مورد ماده ۴۰۲ هیچ خیاری برای طرفین وجود نخواهد داشت و نمی‌توان مادام که الزام به اجرای قرارداد ممکن باشد به حق فسخ تمسک نمود.

این در حالی است که:

اولاً، حداکثر مفهوم ماده ۴۰۲ که تحت عنوان خیار تأخیر ثمن ذکر شده است آن است که اگر شرایط مقرر در آن محقق نشود خیار «تأخیر ثمن» وجود نخواهد داشت و اصلاً نسبت به وجود و عدم سایر خیارات اعم از معنون و غیر معنون ساکت است و موضع مثبت یا منفی ندارد.

ثانیاً، اگر مفهوم عام مستخرجه صحیح می‌بود، بین مفهوم مزبور که نفی سایر حق فسخها را می‌کند و منطوق سایر مواد قانون مدنی که اثبات این حقوق را می‌نماید تعارض پیش می‌آمد، در حالی که احدی قائل به وجود چنین تعارضی نشده است تا لازم باشد با استناد به صریح مواد دیگر تعارض یاد شده مرتفع شود. مواد مزبور در مقام حصر یا مشروط کردن مطلق حق فسخ به تأخیر ثمن نیستند تا مفهوم مزبور صحیح باشد.

۲- دلیل دوم که به نظر می‌رسد به طور ضمنی مبنای نظرات فوق است، اصل لزوم قراردادهاست. تأکید بیش از حد بر اصل مزبور، در حالی صورت می‌گیرد که ادله دیگر مانند نفی ضرر و غیره بر آن حاکمند و نباید از آنها غافل ماند. ضمن آن که گفتیم گاه تأکید بیش از حد بر اجرای قرارداد، ممکن است موجب سختگیری نا متعارف و بدون جهت معقول بر متعهد با حسن نیت نیز بشود و همین نکته است که سبب شده در حقوق خارجیان اعم از نوشته و عرفی در این مسأله اجازه به الزام را ندهند و فسخ را به جای آن تجویز کنند.

دوم- اثبات امکان تقدم حق فسخ

دو دلیل عمده در این مورد قابل ارائه است:

۱- اگر عمده تخلفات قراردادی را به عدم رعایت شروط ضمن عقد اعم از صریح و ضمنی تحلیل کنیم، مانند تخلف از موعد اجرا، اوصاف و سلامت مبیع، قیمت متعارف و غیر اینها، در آن صورت خواه به جهت تمسک به عناوین مستقل خیرات و چه به لحاظ تحقق خیار تخلف شرط که در ماده ۴۴۴ قانون مدنی ناظر به مواد ۲۴۵ - ۲۳۴ ذکر شده است، قرارداد قابل فسخ خواهد بود.

وقتی قانون‌گذار در مبحث خیار تخلف شرط صرفاً برای احتراز از تکرار، به مواد ۲۴۵- ۲۳۴ ارجاع می‌دهد معنی آن این است که باید عبارات مذکور در آن مواد در ارتباط با خیار تخلف شرط تفسیر شود و لذا وقتی ماده ۲۳۷ می‌گوید «...طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفاء به شرط بنماید»، لفظ «می‌تواند» در مبحث فسخ منطقی‌تاً بدان معناست که مشروط له اختیار دارد یا قرارداد را فسخ کند یا تقاضای الزام به اجرا نماید. بلکه، اگر قانون هیچ ارتباطی را بین مواد ۲۳۷ و ۴۴۴ در حق فسخ برقرار نکرده بود، امکان داشت با احتمال بگوییم جایگزین حق الزام، صرف نظر کردن از اصل شرط از سوی مشروط له است. بنابراین از جمع مواد فوق در احکام شرط و خیار تخلف شرط، بدون تکلف چنین استنباط می‌شود که این دو حق (الزام به اجرا و فسخ قرارداد) همدوش و همراه هم هستند و ذیحق مختار است که حق فسخ را مقدم بدارد و از زحمت و هزینه و صرف وقت زیاد در الزام به اجرا احتراز کند.

۲- وقتی در فقه اسلامی که طبق قانون اساسی حاکم بر قوانین موضوعه کشور است چنین قیدی وجود ندارد و این دو حق همدوش یکدیگر محسوب می‌شوند، در حقوق موضوعه ما نیز نمی‌تواند غیر این باشد.

علاوه بر این اشاره کردیم که حکم مسأله در حقوق سایر نظام‌های حقوقی مطرح در جهان نیز مانند آنچه در ایران مشهور شده است، نیست و حتی در کشور فرانسه که در اعطای حق فسخ به سهولت کامن لو و مشابه مقررات پذیرفته شده در حقوق تجارت بین‌الملل رفتار نمی‌کنند، قید مطلق عدم امکان الزام به اجرا وجود ندارد و بنابراین معلوم نیست این قید مشهور از کجا وارد فرهنگ حقوقی ما شده است.

بدین ترتیب، در اصل وجود حق فسخ بدون قید مطلق مذکور بحثی نیست و اگر بحثی باشد، در صغرای قضیه است. مثلاً آیا اگر تعهد انجام شده عمدتاً با توقع متعهدله مطابقت داشته و یا تأخیر پیش آمده وی را از آنچه اساساً انتظار داشته است محروم نمی‌سازد، آیا می‌توان گفت از نظر عرف، قرارداد نقض شده است؟ اگر جواب منفی باشد، حق فسخ نخواهد

بود مگر آنکه توافقی بین طرفین وجود داشته باشد که نقض تعهد را در هر درجه‌ای که باشد، موجب حق فسخ شناخته باشد. همین بحث صغروی است که در حقوق فرانسه موجب سختگیری بیشتر در اعطای حق فسخ گردیده است و الا در آنجا نیز در کبرای قضیه تفاوت آشکاری ملاحظه نمی‌شود و از این جهت نظر نویسنده حتی با آنان نیز هماهنگتر است چه رسد به کامن لو و نظام حقوقی تجارت بین‌الملل.

با وجود این، باز ممکن است اشکالی شود به این شکل که اگر تخلف صورت گرفته، در شروط ضمن عقد مثل زمان اجرا و غیره نبوده بلکه در خود مورد تعهد باشد و مثلاً مبیع تحویل یا ثمن پرداخت نشده و بنا بر اجرا نیز از سوی متعهد نباشد. در آن صورت مواد فوق که ناظر به شروطاند بر مسأله حاکم نخواهند بود و باید، مطابق با اصاله اللزوم، ابتدا به الزام به اجرا تمسک کرد نه به فسخ قرارداد.

پاسخ این که:

اولاً، همان‌طور که در مبحث فقهی متذکر شدیم، بنا به اولویت، این حق که در شروط وجود دارد در عدم اجرا نیز وجود خواهد داشت.

ثانیاً، در عدم اجرا نیز نقض شروط ضمن عقد مانند موعد اجرای قرارداد و غیر آن وجود دارد و همراه است، لذا با استناد به احکام تخلف شرط نیز می‌توان قرارداد را در این موارد فسخ نمود.

و در نهایت این که در مورد تشخیص مصداق یا تعیین صغرای قضیه و نیز وجود تراحم در ضرر و عسر و حرج برای هر دو طرف، نکاتی وجود دارد که در بخش فقهی اشاراتی به آنها صورت گرفت لذا جهت احتراز از تکرار، به همان بخش ارجاع می‌دهیم.

نتیجه

اگرچه خيارات معنون در قانون مدنی، عملاً زمینه‌هایی را که متعهدله برای فسخ قراردادی که به جهت نقض تعهدات از سوی طرف مقابل گرفتار آن شده است، در اختیار او می‌گذارد معذک هرگاه تردید شود که موردی از تخلفات اساسی، مشمول عناوین مزبور هست یا نه می‌توان اولاً آن را مشمول خيار تخلف شرط اعم از صریح و ضمنی دانست و به وجود حق فسخ در کنار حق الزام به اجرای قرارداد قائل شد تا ذی حق هر کدام از آن دو را که مایل باشد برگزیند و ثانیاً بنا به ادله عام مذکور در فقه، بدون نیاز به توصیف مورد پیش آمده با یکی از عناوین خيارات مشهوره، می‌توان به وجود حق فسخ برای متعهدله قائل شد و آن را مقید به عدم امکان الزام به اجرا مقدم بر آن ننمود.

منابع و مأخذ

الف- فارسی

۱. اصغری، سید محمد، (۱۳۸۸)، عدالت به مثابه قاعده، انتشارات اطلاعات، تهران.
۲. امامی، سیدحسین، (۱۳۵۷)، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، چاپ چهارم، تهران.
۳. صفایی، سیدحسین، عادل مرتضی، کاظمی محمود و میرزائزاد اکبر، (۱۳۸۴) حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، دانشگاه تهران.
۴. عدل، مصطفی، (۱۳۵۴)، حقوق مدنی، امیر کبیر، ج ۸، تهران..
۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ج ۵، شرکت سهامی انتشار.
۶. مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، (۱۳۷۹)، ترجمه بهروز اخلاقی و فرهاد امام، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، تهران.
۷. هجده نفر از دانشمندان، (۱۳۷۸)، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه مهراپ داراب پور، انتشارات گنج دانش، تهران.

ب- عربی

۱. الانصاری، الشیخ مرتضی، (۱۴۱۵) الاعلمی للمطبوعات، بیروت.
۲. الحلی، المحقق نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی الحلال و الحرام، اسماعیلیان، قم.
۳. الخمینی، الامام روح الله، (۱۴۱۵)، النشر الاسلامی، قم.
۴. الخوئی، آیه الله ابوالقاسم، (۱۴۱۲) مصباح الفقاهه، دارالهادی، بیروت.
۵. الشهيد الاول، محمد بن مکی العاملی، (۱۴۱۰) اللمعه الدمشقیه فی فقه الاسلام، دارالاسلامیه، بیروت.
۶. الشهيد الثاني، زین الدین بن علی العاملی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۷. کاشف الغطاء، علی، (۱۴۲۲) شرح خیارات اللمعه، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. النجفی، الشیخ محمدحسن، (۱۴۱۲)، جواهر الکلام، مؤسسه المرتضی العالمیه و دارالمورخ العربی، بیروت.

ج- خارجی

- 1- Bell, J., Boyron, S. & Whittaker, S., Principles of French Law, Oxford Press, 1994.
- 2- Charlesworth's Mercantile Law, Clive M. Schmittoff & David A.G. Sarre, 14th ed, Steven & Sons, London, 1984.
- 3- Cheshire, Fifool & Furmston, Law of Contract, 15th ed London, 2007.
- 4- Honnol, J.O., Vniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed, Boston, 1991.
- 5- Hoyle, Mark S.W., The Law of International Trade, The Laureate press, London, 1981.
- 6- McMeel Gerald, The Construction of Contracts. Oxford Press, 2007.
- 7- Stannard, J.E., Delayin the performance of Cotractual Obligations, Oxford Press, 2007.
- 8- Voirin, P. & Goubeaux, G., Droit Civil, 28 ed., Tome 1-L.G.D.J., 2001.
- 9- Wishart M.C., Contract Law, Oxford Press, 2005.