

فسخ ابتدایی در حقوق انگلیس و اسناد بین‌المللی و امکان سنجی آن در حقوق ایران

| محسن اسماعیلی* | دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران
| محمد مهدی حیدری | کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

چکیده

در قراردادهای معوض، در صورتی که یکی از طرفین تعهدات اصلی خویش را اجرا نکند، مشهور فقهای امامیه و حقوقدانان با وحدت ملاک از احکام شرط فعل و اصل لزوم، معتقدند متعهدله ابتدا باید متعهد را ملزم به انجام تعهد کند، اگر الزام امکان نداشت، شخص دیگر به هزینه متعهد، تعهد را انجام دهد. در صورت عدم امکان اجرای تعهد از این دو طریق، حق فسخ ایجاد می‌شود. این نظریه در بسیاری از موارد با مقصود قراردادی طرفین و منطق قراردادهای تجاری سازگار نبوده و به نظم اقتصادی معاملات آسیب می‌زند. به همین جهت در مقررات حقوقی انگلیس، آمریکا و اسناد حقوقی بین‌المللی، نقض تعهدات اگر اساسی تلقی شود حق فسخ ابتدایی ایجاد می‌شود و آن در فرضی است که تعهدات اصلی قرارداد نقض شود. در فقه و حقوق ایران نیز اگرچه مشهور، قائل به فسخ ابتدایی نیستند، اما به نظر می‌رسد با توجه به مشکلات اساسی و چالش‌های پیش‌روی اعمال مطلق نظریه اجبار، اقتضائات روز دنیای تجارت و روابط میان‌تجار و همچنین دقت نظر در استدلالات عده‌ای از فقهای عظام و حقوقدانان، با دلایلی نظیر بنای عقلا، قاعده لاضرر بتوان این نظریه را در حقوق ایران ثابت کرد و پشتوانه فقهی و حقوقی مستحکم برای آن بیان کرد.

واژگان کلیدی: تعهدات اصلی، تعهدات فرعی، نقض اساسی، فسخ ابتدایی، ضمانت اجرا.

مقدمه

حق فسخ به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد در حقوق کشور انگلیس و اسناد بین‌المللی، پذیرفته شده است. البته این سخن به معنای امکان فسخ یک قرارداد به سبب هر نقض تعهد قراردادی نیست، بلکه در حقوق این کشور و همچنین در اسناد مورد بررسی در این نوشتار، نیز اعمال این ضمانت اجرا با محدودیت‌های روبه‌رو است و شرایطی برای اعمال حق فسخ باید وجود داشته باشد. در فقه امامیه و حقوق ایران نیز آنچه از نظریات بیش‌تر فقها و حقوقدانان برداشت می‌شود آن است که ضمانت‌اجرایی همانند آنچه که در حقوق انگلیس و اسناد بین‌المللی وجود دارد، در حقوق ما وجود ندارد. به عقیده برخی حقوقدانان نظیر مرحوم دکتر کاتوزیان، در قوانین و مقررات مربوطه در حقوق ایران، نمی‌توان نص صریح و عامی را پیدا کرد که بر این امر دلالت کند که هرگاه یکی از طرفین قرارداد از انجام تعهدات قراردادی خودداری کند، طرف دیگر مجاز به فسخ قرارداد است. بحث در این خصوص که آیا می‌توان همانند حقوق کشورهای خارجی و اسناد بین‌المللی، با تدقیق در متون فقهی و قانونی به امکان اعمال حق فسخ به‌عنوان یک ضمانت اجرا در نقض تعهدات قراردادی، نظر داد یا نه در این نوشتار مورد واکاوی قرار گرفته است.

۱. جایگاه نظریه امکان فسخ ابتدایی در حقوق انگلیس

نقض تعهدات قراردادی و پاسخ به این پرسش که ارتکاب چه رفتاری نقض قرارداد محسوب می‌شود با توجه به نظرات حقوقدانان انگلیس و به‌طورکلی براساس قواعد حقوق کامن‌لا، مصادیق بسیاری دارد، اما وفق آنچه نویسندگان حقوق قراردادها در این کشور بیان داشته‌اند، خودداری یا عدم انجام تعهدات قراردادی، اجرای ناقص قرارداد، انجام اقداماتی که سبب عدم اهلیت برای انجام قرارداد شود را مهم‌ترین مصادیق نقض قرارداد دانسته است (تورنر، ۲۰۱۴: ۲۰۵). نقض قرارداد در حقوق این کشور ضمانت‌اجرایی نظیر مطالبه خسارت، اقامه دعوا برای اخذ وجه التزام، مطالبه اجرت‌المثل، اجبار به انجام تعهد و فسخ را در پی خواهد داشت (کارترایت؛ ۲۰۱۶: ۳۰۹). اینکه طرف متضرر از نقض، به کدام یک از این ضمانت‌اجراها متمسک می‌شود، بستگی به نوع و اهمیت نقض تعهدات قراردادی دارد. حتی نقضی بسیار مهم نیز به خودی خود سبب فسخ یا سقوط تعهد منعقد نمی‌شود (مک کندی، ۲۰۰۷: ۳۹۰-۳۹۱). اجبار متعهد به انجام تعهد در حقوق کامن‌لا صرفاً درخصوص تعهدات پولی اجرا می‌شود (داکسبری، ۲۰۰۰: ۱۰۲). فسخ قرارداد نیز همان‌طور که اشاره گشت و البته با وجود شرایطی که در این خصوص مقرر شده، به‌عنوان یک ضمانت اجرا در حقوق این کشور وجود دارد. فلسفه پیدایش حق فسخ در حقوق انگلیس این امر بوده است که از طریق آن، طرف زیان‌دیده، در موقعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد منعقد نمی‌شود، در

آن موقعیت قرار می‌گرفت (اندریو؛ ۲۰۱۳: ۴۹۰-۴۹۱) درحالی‌که هدف از ضمانت اجرای مطالبه خسارت آن است که متضرر از نقض در وضعیتی قرار بگیرد که در صورت اجرای صحیح قرارداد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت (مک کندریک، ۲۰۰۷: ۳۹۱). در حقوق انگلیس، ضمانت اجرای فسخ قرارداد حتی درجایی که هنوز خودداری از انجام تعهدات قراردادی منجر به نقض قرارداد نشده است، وجود دارد. به عبارت دیگر، در جایی که خودداری یکی از طرفین قرارداد از انجام تعهداتش هنوز منجر به نقض قرارداد نشده است، تنها ضمانت اجرای در دسترس طرف دیگر، ضمانت اجرای فسخ قرارداد است. در حقوق انگلیس خودداری از انجام تعهدات قراردادی یکی از مصادیق نقض قرارداد است. نقض قرارداد امکان دارد به دلایل دیگر نظیر اجرای ناقص قرارداد، از بین بردن اهلیت خود برای اجرای قرارداد و غیره نیز واقع شود (تریتل، ۲۰۰۳: ۷۵۹-۷۶۰).

حقوقدانان انگلیسی دلایلی را که سبب می‌شود طرف زیان‌دیده، ضمانت اجرای فسخ را برگزیند، به شرح زیر دانسته‌اند: اول، فسخ قرارداد درجایی که خودداری از انجام تعهدات قراردادی هنوز منجر به نقض قرارداد نشده است، تنها ضمانت اجرای در دسترس طرف متضرر است. دوم، فسخ قرارداد، حتی درجایی که خودداری منجر به نقض قرارداد شده است، می‌تواند منجر به نتایج بسیار مطلوب‌تری برای طرف متضرر در تعهدات پولی شود، در مقایسه با آنکه وی دعوی مطالبه خسارت اقامه کند. این گفته به خصوص در جایی درست است که زیان‌های وارد آمده بر طرف متضرر به گونه‌ای باشد که دعوی مطالبه خسارت به‌عنوان یک ضمانت اجرای مستقل نمی‌تواند آن را جبران کند یا آنکه در جایی که خسارت وارد آمده بر او بسیار دور بوده است و در نتیجه امکان مطالبه آن طبق شرایطی که برای مطالبه خسارت است، وجود ندارد و غیرقابل جبران است. سوم، طرف متضرر با اعمال حق فسخ، یک ضمانت اجرای سریع‌تر و کارآمدتر در دسترس دارد. برای مثال در یک قرارداد بیع که هنوز خریدار ثمن کالای معیوب را پرداخت نکرده است، ترجیح می‌دهد بیع را فسخ کند تا آنکه تعهدات خود (پرداخت ثمن) را ایفا کند و سپس برای خسارات وارد بر خود، اقامه دعوا کند. با اعمال حق فسخ، وی دیگر نیاز نیست اطلاع دادرسی و ریسک ورشکسته شدن فروشنده را تحمل کند (هالسون؛ ۲۰۱۷: ۴۳۶-۴۳۷) (مک دونالد و اتکینز، ۲۰۱۸: ۵۱۹-۵۱۷).

البته اگرچه بیان شد حق فسخ ابتدایی در حقوق این کشور مورد پذیرش قرار گرفته است، اما باید در نظر داشت که اعمال حق فسخ توسط طرف متضرر امکان دارد با منافع متعهد در تضاد باشد و سبب مقاومت وی شود، چراکه امکان دارد متعهد برای اجرای ناقص تعهد خود نیز متحمل هزینه شده باشد. مثلاً با انتقال کالای غیر منطبق با قرارداد به مکان تحویل یا با پرداخت حق کمیسیون در یک عقد بیع. حال اگر قرارداد فسخ گردد، تمامی این هزینه‌ها برای او ضرر محسوب می‌شود. اعطای

حق فسخ به صورت مطلق به طرف متضرر چه بسا سبب دارا شدن ناعادلانه وی نیز شود. چه، اعمال حق فسخ به صورت مطلق سبب وارد آمدن ضرر به طرف دیگر قرارداد، بسیار بیش‌تر از آن میزانی شود که به سبب نقض بر طرف متضرر وارد شده است. با توجه به آنچه بیان شد برای ایجاد تعادل میان این تعارضات منافع طرفین قرارداد، قواعدی در حقوق انگلیس به وجود آمده است که علی‌الظاهر، امکان اعمال حق فسخ به عنوان یک ضمانت اجرا را محدود می‌کند (نیدو، ۲۰۲۱: ۳۴۰) (استون، ۲۰۰۵: ۲۸۷). بحث از اینکه نقض تعهدات قراردادی در حقوق انگلیس چه موقع سبب پیدایش حق فسخ می‌شود، بستگی به نوع تعهد مورد نقض دارد. به طور کلی نقض هر تعهدی، سبب پیدایش حق مطالبه خسارت می‌شود، اما نقض برخی از تعهدات این حق را به طرف زیان دیده می‌دهد که قرارداد را فسخ کند. در حقوق انگلیس الزام متقابل برای طرفین وجود دارد که به تعهدات خود عمل کنند و در صورت عدم انجام تعهدات اینکه طرف دیگر در چه شرایطی می‌تواند به ضمانت اجرایی نظیر فسخ، متمسک شود، بستگی به شروط مقدم، شروط متقابل و هم‌زمان و تعهدات غیرمستقل دارد. با این توضیح که شروط قراردادی به دو دسته تقسیم می‌شود. شروط اصلی، تعهداتی هستند که نقض آن‌ها، این حق را به طرف زیان دیده می‌دهد که اقدام به فسخ قرارداد کند. این دسته از شروط تقریباً معادل تعهدات اصلی قرارداد در حقوق ایران هستند. دسته دیگر شروط فرعی هستند، یعنی تعهداتی که نقض آن‌ها، سبب پیدایش حق فسخ نمی‌شود و تنها طرف متضرر می‌تواند اقامه دعوی مطالبه خسارت کند. این دسته از شروط را می‌توان در حقوق ایران همان تعهدات فرعی یا شروط ضمن عقد دانست. این تفاوت میان ضمانت اجرای این دو دسته از شروط، نشئت گرفته از این موضوع است که کدام یک به ریشه و اصل قرارداد برمی‌گردد. آنچه که به اساس قرارداد مربوط است، شرط اصلی است که نقض آن سبب می‌شود پایه و اساس قرارداد آسیب ببیند؛ در نتیجه در صورتی که متضرر دیگر نفعی در قرارداد برای خود متصور نباشد، می‌تواند آن قرارداد را خاتمه دهد (چیتی، ۲۰۰۸: ۸۲۷-۸۳۱). پس در حقوق انگلیس، نقض اساسی، زمانی رخ می‌دهد که یکی از تعهدات و یا شروط اصلی (اساسی) قرارداد مورد نقض قرار گیرد که نتیجه آن پیدایش حق فسخ برای طرف متضرر است (تریتل، ۲۰۰۳: ۷۵۹). نقض اساسی، نتایج زیان‌باری برای طرف دیگر دارد. این مفهوم زمانی رخ می‌دهد که اگر تعهدی که در قرارداد قید شده است را با آنچه که در واقع، انجام شده، مقایسه کرد، نتیجه، محرومیت از تمام یا بخش عمده آنچه است که بر طبق قرارداد انتظار اجرای آن وجود داشته است (مولکاهی، ۲۰۰۸: ۲۰۷).

۲. جایگاه نظریه امکان فسخ ابتدایی در اسناد بین‌المللی

۲-۱. کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا

با بررسی ضمانت‌اجراهای مذکور در کنوانسیون بیع در فرض تخلف از تعهدات قراردادی مشخص می‌شود مواد مربوطه درخصوص ضمانت‌اجرای نقض قرارداد نشئت گرفته از مقررات حقوق کامن‌لا است. بدین معنی که هدف کنوانسیون نیز حفظ قرارداد تا جای ممکن است، از این رو ایجاد حق فسخ به این امر مشروط شده است که عدم ایفای تعهد، به درجه‌ای از اهمیت برسد که نقض اساسی تلقی شود. البته در یک مورد خاص با وجود اینکه، نقض تعهد جنبه اساسی ندارد، کنوانسیون این حق را به مشتری داده است که با دادن مهلت اضافی به فروشنده برای ایفای تعهد و عدم انجام تعهد توسط فروشنده در این مهلت اضافی، بتواند قرارداد را فسخ کند. این استثنا در کنوانسیون بیع درخصوص، «تعهد به تسلیم مبیع» مقرر شده است و نشانگر اهمیت تعهد تسلیم در قرارداد بیع است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴/۲: ۲۰۶). براساس ماده ۴۹ ک. مواردی که سبب پیدایش حق فسخ می‌شود را می‌توان به شرح ذیل دسته‌بندی کرد:

۱- وقتی که عدم ایفای تعهد فروشنده نقض اساسی قرارداد تلقی شود (ماده ۴۹ الف (۱)).

۲- در مورد عدم تسلیم مبیع، مشتری مهلتی اضافی به فروشنده بدهد (ماده ۴۷ (۱)) و فروشنده در آن مهلت اضافی نیز کالا را تسلیم مشتری نکند و یا آنکه اعلام کند که ظرف آن مهلت مقرر، کالا را تسلیم نمی‌کند (ماده ۴۹ ب (۱)).

اینکه نقض اساسی چه موقع روی می‌دهد در ماده ۲۵ ک. مورد اشاره قرار گرفته است. طبق این ماده هنگامی نقض یک قرارداد، اساسی تلقی می‌شود که حاوی دو شرط باشد:

۱- خسارت عمده به طرف دیگر قرارداد وارد کند به طوری که او را از آنچه براساس قرارداد انتظارش را داشته، محروم کند.

۲- وقوع این ضرر، برای طرفی که اقدام به نقض قرارداد کرده است، قابل پیش‌بینی باشد (کوچ، ۱۹۹۹: ۳۱۰).

برای تعیین اساسی بودن نقض صورت گرفته، باید به موارد ذیل توجه داشت:

الف- طرف زیان‌دیده با در نظر گرفتن تمام واقعیات قراردادی، به این ضمانت‌اجرا نیاز داشته باشد.

ب- تلاش طرفی که اقدام به نقض قرارداد کرده برای کاهش و رفع اثرات نقض

ج- تناسب یا در دسترس بودن ضمانت‌اجراهای دیگر (هانولد، ۱۹۹۹: ۳۸۴).

در مورد قابل پیش‌بینی بودن ضرر نیز باید بیان داشت از آنجا که ضرر وارد بر یک طرف قرارداد، امکان دارد تحت تأثیر اوضاع و احوال تغییر کند، ضرری ملاک تصمیم‌گیری است که از طرف ناقض

قرارداد، قابل پیش‌بینی باشد. از این رو طبق مقررات کنوانسیون اگر ضرر وارده آمده بر یک طرف قرارداد مهم باشد، اما از طرف نقض‌کننده قابل پیش‌بینی نباشد، نمی‌توان آن را نقض اساسی دانست. معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر نیز وضع یک فرد متعارف در همان اوضاع و احوال است (ماده ۸ ک.ا). البته اگر میان طرفین قرارداد، راجع به اساسی بودن نقض، توافقی صورت گرفته باشد؛ دیگر پیش‌بینی ضرر لازم نیست (اشلختریم، ۱۹۹۸: ۱۷۸).

مورد دوم که مشتری طبق مقررات کنوانسیون (ماده ۴۹ ک.ا در بند (ب) (۱))، حق فسخ قرارداد را دارد، جایی است که فروشنده در مهلت اضافی که از ناحیه خریدار برای تسلیم مبیع تعیین شده است، مبیع را تسلیم نکند و یا آنکه اعلام کند، قصد تسلیم مبیع را ندارد. در اینجا نیازی نیست عدم تسلیم مبیع اساسی تلقی شود. به عبارت دیگر، این مورد استثنائی بر قاعده حق فسخ به دلیل نقض اساسی است. البته می‌توان بیان داشت که کنوانسیون این مورد را در حکم نقض اساسی تلقی کرده است (لوکوفسکی، ۲۰۰۰: ۳۸۴). حق فسخ پیش‌بینی شده برای فروشنده در کنوانسیون، در ماده ۶۴ مورد اشاره قرار گرفته است. این حق برای خریدار در ماده ۴۹ پیش‌بینی شده است. مطابق ماده ۶۴ ک.ا در موارد ذیل، فروشنده می‌تواند قرارداد را فسخ کند:

- ۱- در صورتی که نقض تعهد از ناحیه خریدار، نقض اساسی تلقی شود (ماده الف) (۱) ۶۴ ک.ا) مفهوم نقض اساسی نیز در ماده ۲۵ ک.ا بیان شده که سابقاً مورد بررسی قرار گرفت.
 - ۲- فروشنده برای اجرای تعهد به خریدار مهلت معقولی اعطا کند (ماده ۶۳ ک.ا) و در آن مهلت نیز خریدار به تعهد خود عمل نکند (ماده (ب) (۱) ۶۴ ک.ا). البته این مورد فقط در مورد تعهد پرداخت ثمن و قبض مبیع قابل اجرا است (اشلختریم، ۱۹۹۸: ۴۵۰-۴۵۱).
- با توجه به آنچه بیان شد همانند حقوق انگلیس و به بیان کلی حقوق کشورهای کامن‌لا، معیار کنوانسیون بیع برای تمسک متعهدله به ضمانت اجرای فسخ، نقض تعهدات اساسی توسط متعهد است که در این فرض حق فسخ برای وی وجود دارد.

۲-۲. اصول حقوق قراردادهای اروپا

ماده ۸:۱۰۱ اصول حقوق قراردادهای اروپا حق فسخ قرارداد را به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی برشمرده است. طبق ماده ۹:۳۰۱ این اصول، حق فسخ قرارداد زمانی به طرف متضرر داده می‌شود که عدم اجرای تعهدات توسط طرف دیگر اساسی تلقی شود. ماده ۸:۱۰۳ عدم اجرای تعهدات را در موارد ذیل اساسی تلقی کرده است:

الف- اجرای عین آن تعهد، اساس قرارداد منعقد شده باشد.

ب- عدم اجرای تعهدات قراردادی، به‌طور اساسی طرف زیان‌دیده را از آنچه که براساس قرارداد انتظارش را داشته، محروم کند، مگر آنکه طرف دیگر نمی‌توانسته پیدایش چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نکرده است یا آنکه نمی‌توانسته این نتیجه را پیش‌بینی کند.

ج- عدم اجرای تعهدات قراردادی، عمدی بوده و به طرف زیان‌دیده این حق را بدهد که او نمی‌تواند بر اجرای تعهدات طرف دیگر در آینده، تکیه کند.

پرواضح است ماده فوق‌الذکر همانند ماده ۲۵ کنوانسیون بیع، از مقررات حقوق کامن‌لا درخصوص شرایط اعمال حق فسخ تبعیت کرده است. پس طبق مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپا، همانند کنوانسیون بیع، فسخ قرارداد یک امر استثنائی است. بنابراین تا جای ممکن باید از ضمانت‌اجراهایی بهره جست که سبب پایداری قرارداد می‌شوند، اما اگر عدم اجرای تعهدات قراردادی از سوی یکی از طرفین، اساسی تلقی شود، سبب آن می‌شود که طرف زیان‌دیده بتواند از ضمانت‌اجرای حق فسخ استفاده کند.

۲-۳. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (۲۰۱۶)

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی این مؤسسه، ضمانت‌اجراهای مربوط به نقض قرارداد در جایی که اجرای تعهدات صورت نگرفته باشد، با تاخیر باشد و یا آنکه معیوب باشد، قابل اعمال است. در ضمانت‌اجرای حق فسخ نیز مسئله تقصیر متعهد، بی‌تأثیر است، از این‌رو در فرضی که موارد رافع مسئولیت نیز وجود دارد، امکان تمسک به این ضمانت‌اجرا طبق مقررات این اصول وجود دارد (اشلختریم، ۱۹۹۹: ۳۰۶). پس در مواردی که مرتکب نقض، مسئول شناخته می‌شود و هم در مواردی که نقض و عدم اجرای تعهدات قراردادی، دارای علت موجه است، طوری که برای زیان‌دیده امکان مطالبه خسارت و اجرای عین تعهد قراردادی، وجود ندارد، اعمال حق فسخ امکان‌پذیر است. پس از این نظر مقررات این اصول، مشابه کنوانسیون بیع است (اشلختریم، ۱۹۹۹: ۳۰۶). نگاهی به شرح رسمی این اصول نیز مؤید این مطلب است که حق فسخ قرارداد هم برای اعمال در مواردی که طرفی که تعهد خود را انجام نداده، مسئول عدم اجرا است و هم برای مواردی که عدم اجرا موجه است، وجود دارد.^۱

طبق ماده ۷.۳.۱ اصول یونیدروا، نقض اساسی قرارداد و انقضای مهلت اضافی از مواردی است که سبب ایجاد حق فسخ می‌شود. بند دوم این ماده، مواردی را برای تبیین مفهوم نقض اساسی بیان داشته است. حسب این ماده، مبنای شرایط احراز نقض اساسی، انتظارات متعهدله است که در

1. Comment 1 on Art.7.3.1 UPICC.

شروط قرارداد و اهمیت اساسی آن‌ها در بقای قرارداد، تبلور پیدا می‌کند که معنای آن نیز چیزی جز اجرای تعهدات اصلی نیست. بنابراین چنانچه انجام تعهدات غیرممکن شود، طرف دیگر اساساً از آنچه که استحقاق انتظارش را طبق قرارداد داشته، محروم می‌شود و در نتیجه می‌تواند قرارداد را فسخ کند، اما اگر صرفاً در اجرای تعهد تأخیر صورت گرفته باشد و امکان اجرا کماکان وجود داشته باشد، زمان اجرا اهمیت پیدا می‌کند، بدین معنی که اگر زمان اجرا اساس قرارداد بوده است، این تأخیر نقض اساسی محسوب می‌شود.

مورد دیگر اعمال حق فسخ در بند سوم ماده ۷.۳.۱ اصول یونیدروا، مورد اشاره قرار گرفته است. این ماده به فرضی اشاره می‌کند که زیان دیده مهلتی اضافی برای اجرای تعهد به طرف نقض‌کننده به دلیل عدم اجرای تعهدات اصلی و یا تأخیر غیراساسی می‌دهد (ماده ۷.۱.۵). حال اگر طرف زیان دیده خطاری از طرف دیگر دریافت کند مبنی بر اینکه طرف مزبور در طی مدت زمان مذکور از انجام تعهدش خودداری خواهد کرد، یا اگر در انقضای آن مدت، اجرای قانونی تعهد عملی نشده باشد، طرف زیان دیده می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد کند (بند دوم ماده ۷.۱.۵). با توجه به توضیحات فوق‌الذکر معیار نقض اساسی که همان معیاری است که در حقوق کامن‌لا وجود دارد و در دو سندی که در بندهای قبلی به آن اشاره شد نیز مبنای اعمال فسخ ابتدایی بود، در اصول یونیدروا نیز وجود داشته و مبنای ایجاد حق فسخ است.

۲-۴. قانون متحدالشکل تجاری

فسخ قرارداد در مقررات این قانون نیز همانند حقوق انگلیس و سایر اسناد اشاره شده، محدود بوده و تحقق آن منوط به مواردی شده است که نقض تعهد، اساسی تلقی شود.

طبق ماده ۲-۳۰۱ تعهد فروشنده عبارت است از انتقال و تسلیم مبیع و تعهد خریدار عبارت است از قبول مبیع و پرداخت بهای آن طبق قرارداد است. طبق ماده ۲-۶۰۱ در صورتی که کالای تسلیم شده طبق قرارداد نباشد یا آنکه پیشنهاد تسلیم مطابق نباشد، مشتری حق رد دارد. اما اگر وی کالا را پذیرفت، در صورتی می‌تواند قرارداد را فسخ کند که عدم مطابقت کالا، به طور اساسی سبب نقص در ارزش و بهای آن شود (ماده ۲-۶۰۸). همین معیار نقض اساسی در قیمت کالا، برای ایجاد حق فسخ، در موردی که کالا به طور اقساط تحویل می‌گردد نیز اعمال می‌شود (ماده ۲-۶۱۲).

در مورد نقض تعهد خریدار نیز، فروشنده اگر خریدار به ناروا از قبض مبیع امتناع و یا ثمن را در موعد مقرر نپردازد، از حق فسخ برخوردار می‌شود، اما در اینجا نیز باید در نظر داشت که عدم انجام تعهدات توسط خریدار باید به طور اساسی فروشنده را از آنچه که طبق قرارداد انتظارش را داشته

محروم کند (بند «و» ماده ۷۰۳-۲). همچنین در خصوص فسخ به علت پیش‌بینی وقوع نقض اساسی در آینده، نیز قانون متحدالشکل تجاری، مقرراتی مشابه ماده ۷۲ کنوانسیون بیع دارد.

۳. جایگاه نظریه امکان فسخ ابتدایی در فقه امامیه و حقوق ایران

اجرای اجباری عین تعهد و حق فسخ، دو ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات در فقه امامیه و حقوق ایران است. زمانی که متعهد، تعهدات قراردادی را ایفا نکند، متعهدله می‌تواند به‌عنوان ضمانت‌اجرابی که تقریباً مورد پذیرش اکثر نظام‌های حقوقی است، متعهد را ملزم به انجام تعهدات قراردادی خویش کند. در فرضی که امکان اجبار متعهد به انجام عین تعهد وجود دارد، اینکه متعهدله کماکان می‌تواند از ضمانت‌اجرای حق فسخ استفاده کند یا آنکه اعمال حق فسخ در جایی است که الزام متعهد به انجام تعهد امکان‌پذیر نباشد میان فقها و حقوقدانان محل اختلاف است. در قوانین و مقررات ایران، نص صریحی مبنی بر این موضوع وجود ندارد. قانون مدنی در بخش قواعد عمومی قراردادها (اثر معاملات) صریحاً فسخ را به‌عنوان ضمانت‌اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی بیان نکرده است و در خصوص تخلف از شرط فعل، در مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ پیروی از قول اکثریت فقها مبنی بر امکان فسخ در صورت تعذر اجبار کرده است.

۳-۱. آرای فقها

در خصوص اصل امکان اجبار متعهد به انجام تعهد آرای فقها مختلف است. عده‌ای از فقها نظیر شهید ثانی و محقق کرکی قائل به جواز اجبار شده‌اند.^۱ صاحب جواهر نیز همانند دو فقیه پیشین، قائل به جواز اجبار است.^۲ عمده دلایل این عده از فقها عمومیت آیه اوفاو بالعقود و حدیث المومنون عند شروطهم است. اما ظاهر عبارات علامه در تحریر و تذکره، خلاف نظرات فقهای سابق الذکر است. ایشان این چنین بیان می‌دارند: «در صورتی که مصلحت متعاقدين به شرط تعلق گرفته باشد، مانند شرط اجل، اجبار جایز است. در غیر این صورت اجبار مشروط‌علیه جایز نیست هر چند وفا به شرط امری واجب باشد» (علامه حلی، ۱۰/۱۴۱۴: ۱۰۹) شهید اول نیز در کتاب

۱. «... والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، وعدم تسلط المشروط له إلا مع تعذر تحصيله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد، و «المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله» و هذا هو الأجد. فعلى هذا لو امتنع من الوفاء لم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره...» (شهید ثانی، ۳/۱۴۱۳: ۲۷۴). «... و اعلم أن في إجبار المشتري على العتق وجهين: أحدهما: العدم، لأن للبايع طريقاً آخر وهو الفسخ. والثاني: له ذلك، لظاهر قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «۱» وقوله عليه السلام: «إلا من عصى الله» وهو الأوجه» (محقق کرکی، ۴/۱۴۰۸: ۴۲۲-۴۲۳).

۲. «... إذا اشترط العتق في بيع المملوك، فإن أعتقه، فقد لزم البيع بلا خلاف ولا إشكال، وإن امتنع، كان للبايع إجباره كما في كل شرط على الأقوى، إن كان مما يجبر عليه» (صاحب جواهر، ۲۳/۱۴۰۴: ۲۱۸).

الدروس نسبت به اجبار مشروط‌علیه، اظهار تردید کرده است (الدروس، ۱۴۱۲/۳: ۲۱۴). مرحوم شیخ (ره) نیز در مبسوط جانب عدم جواز اجبار را تقویت کرده‌اند.^۱ شیخ انصاری (ره)، پس از بیان اقوال فقها و جرح و تعدیل آن، درنهایت قول شهید ثانی و صاحب جواهر را می‌پذیرد و بیان می‌دارد که عمل به شرط، مثل تسلیم عوضین در عقد بیع است و مشروط‌له براساس قرارداد مالک شرط نسبت به مشروط‌علیه می‌شود، ازاین‌رو مشروط‌علیه مجبور به تسلیم شرط (عمل به شرط) است؛ (شیخ انصاری، ۱۴۲۰/۶: ۶۲-۷۰).

با پذیرش امکان اجبار متعهد، درخصوص رابطه اجبار به انجام تعهد و فسخ مشهور فقهای امامیه متأثر از دیدگاه‌های شیخ انصاری، بر این عقیده بوده‌اند که درصورت امتناع متعهد از انجام تعهد، به‌طور مطلق حق فسخ برای متعهدله وجود ندارد. این دسته از فقها، حق فسخ را برای جبران ضرر ناشی از قرارداد به متضرر داده‌اند، ازاین‌رو درصورتی‌که طریق دیگری برای جبران ضرر نباشد، می‌توان حق فسخ را اعمال کرد. بنابراین، در فرضی که قدرت به اجرای قرارداد به وسیله اجبار ممتنع از ناحیه مقامات صالحه، وجود داشته باشد، موردی برای حق فسخ وجود ندارد. ظاهر عبارات شهید ثانی در شرح لمعه، آن است که درصورت تعذر اجبار، فسخ امکان‌پذیر است. شهید ثانی در بیان دلایل نظریه خود عمومیت آیه شریفه درخصوص امر به وفای به عقد را دال بر وجوب می‌داند. همچنین ایشان دلیل دیگر برای نظر خود را حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰/۳: ۵۰۶-۵۰۷). مرحوم محقق سبزواری نیز در کفایه همین نظر را داشته است (محقق سبزواری، ۱۴۲۳/۱: ۴۵۴). محقق نراقی نیز در عوایدالایام بیان داشته است که در این خصوص میان فقها اختلاف نظر است. وی پنج قول را ذکر کرده و از این میان، قول اول که بیان داشته است عمل به شرط واجب است و اگر مشروط‌علیه، شرط را انجام ندهد باید او را الزام کرد و درصورت تعذر اجبار، حق فسخ وجود دارد را قول درست دانسته است (محقق نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۶-۱۳۷). صاحب جواهر نیز همین قول را اختیار کرده است و بیان داشته است: «... درصورت تعذر اجبار مشتری، بایع خیار فسخ دارد...» (صاحب جواهر، ۱۳۶۷/۲۳: ۲۱۹). میرعبدالفتاح مراغی نیز همین نظر را در کتاب خود برگزیده است (مراغی، ۱۴۲۹/۲: ۲۵۱). شیخ انصاری نیز دیگر فقیه‌ای است که بیان داشته است با تعذر اجبار، حق فسخ داده می‌شود. ایشان استدلال می‌کنند که با تمکن

۱. ایشان این چنین بیان داشته‌اند: «إذا اشترى عبدا بشرط أن يعتقه كان البيع والشرط صحيحين لقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم. فإذا ثبت ذلك فالمشتری إن أعتق العبد فقد وفى بالشرط وإن لم يعتقه قيل فيه شينان: أحدهما: يجبر عليه لأن عتقه قد استحق بالشرط. والثاني: لا يجبر عليه لكن يجعل البائع بالخيار، والثاني أقوى» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷/۲: ۱۵۱).

از الزام، وجهی برای اعطای اختیار فسخ به مشروطه وجود ندارد؛ بنابراین در مواردی که اجبار ممکن است، حاکم می‌تواند از باب ولایتی که بر ممتنع دارد، اگر فعل قابل نیابت باشد، انجام آن را به دیگری بدهد و هزینه اجرای آن را از مشروط‌علیه، اخذ کند (شیخ انصاری، ۱۴۲۰/۶: ۷۱-۷۳). در مقابل عده‌ای دیگر از فقها قائل‌اند اگر متعهد به تعهداتش عمل نکند، الزام و فسخ دو ضمانت اجرایی است که انتخاب هریک از آن‌ها به اختیار متعهدله واگذار شده است. مرحوم علامه (ره) در تذکره، اختیار میان اجبار و فسخ را برگزیده است. ایشان بیان داشته‌اند: «در صورتی که مشتری مبیع را با شرط آنکه به دیگری بفروشد، خریداری کند، باید به این شرط عمل نماید. در صورت تخلف، بیع باطل نیست بلکه با بیع میان فسخ و الزام به انجام شرط معیر است...» (علامه حلی، ۱۴۱۴/۱۰: ۲۵۲). امام خمینی (ره) نیز تخییر مشروط‌له بین فسخ عقد و اجبار مشروط‌علیه را دارای اشکال نمی‌داند و اجماعی بودن مسئله را به دلیل اینکه امری عقلایی است، به عنوان تعبد، قابل قبول نمی‌داند (امام خمینی، ۱۴۲۱/۵: ۳۲۸-۳۳۳). مرحوم آیت‌الله خوئی نیز حق فسخ متعهدله را بر تعذر از اجبار متعهد بر انجام تعهد، متوقف نمی‌داند. ایشان در کتاب منهاج‌الصالحین، بیان داشته‌اند که مقتضای اطلاق عقد فعلیت تسلیم هریک عوضین است، بدین ترتیب که اگر یکی از طرفین از تسلیم امتناع کند، اجبار می‌شود و اگر همچنان از تسلیم خودداری کند، طرف مقابل حق فسخ عقد را دارد، بلکه بعید نیست که بتوان عقد را در صورت امتناع و قبل از اجبار نیز فسخ کرد و این خیار اختصاصی به بیع ندارد، بلکه در هر قرارداد معوضی جاری است، البته ایشان بیان داشته‌اند که عقد بیع خیار مخصوص به خود دارد که به آن «خیار تأخیر» گفته می‌شود (خوئی، ۱۴۱۰/۲: ۳۶). ایشان همچنین در کتاب مصباح‌الفقاهه بیان می‌دارند که در صورت نقض تعهد، متعهدله حق فسخ قرارداد را دارد. زیرا برای وی خیار تخلف از شرط ثابت شده که چنین شرطی حسب بنای عقلا در هر عقد معوضی مفروض است (خوئی، ۱۳۶۸/۷: ۶۰۴). برخی فقهای بزرگ عصر حاضر نیز قائل به تخییر بوده و اعمال حق فسخ، قبل از اجبار را جایز دانسته‌اند (سیستانی، ۱۴۱۵/۲: ۵۸-۵۹) (وحید خراسانی، ۱۴۱۵/۳: ۵۳-۵۴) (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱/۲: ۱۲۹).

۲-۳. نظریه عدم امکان فسخ ابتدایی

بیش‌تر نویسندگان حقوق قراردادها، به پیروی از نظر متداول فقها، قائل به امکان فسخ به صورت ابتدایی نیستند و با توجه به اصل لزوم قراردادها و همچنین وحدت ملاک ماخوذ از مواد فوق‌الذکر، قاعده را در فرض تخلف از اجرای تعهدات قراردادی، الزام می‌دانند. دکتر لنگرودی در فرض امتناع متعهد از ایفای تعهد، چه راجع به تمام یا قسمتی از مورد تعهد، بیان داشته که متعهدله باید طبق ملاک مواد ۳۷۶ و ۲۳۷ قانون مدنی، به دادگاه مراجعه و الزام را

بخواهد. سپس در صورتی که الزام مقدور نباشد با توجه به ملاک ماده ۲۳۸ ق. م. دادگاه باید به حساب متعهد، به وسیله شخص ثالث (اگر امکان پذیر باشد) تعهد را انجام دهد. حال اگر اجرای تعهد کماکان میسر نشود، متعهدله می‌تواند از دادگاه مطالبه حق فسخ کند. از این رو در نظر ایشان، صرف امتناع متعهد، موجب حق فسخ عقد نیست (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۶۹: ۲۵۴-۲۵۵).

دکتر شهیدی نیز در این خصوص دو راه حل را متصور دانسته: اول؛ الزام متعهد و دیگری فسخ و رهایی از تکالیف ناشی از آن. ایشان بیان داشته در نگاه نخستین، ممکن است به نظر برسد که وقتی طرف قرارداد با خودداری طرف دیگر از اجرای قرارداد، مواجه شود، در موقعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد را فسخ نکند، از جهت بازماندن از اهداف قراردادی با زیان بسیار روبه‌رو شود، اما پیش‌بینی راه‌های اجرای قرارداد و جبران زیان به وسیله قانون به اضافه مصلحت‌پایداری قراردادهای غیرقابل فسخ بودن را در سیستم حقوقی ایران توجیه‌پذیر کرده است (شهیدی، ۳/۱۳۸۲: ۱۷۶). در نظر ایشان در نظام حقوقی ایران، طبق خاصیت اصل لزوم قراردادهای محدود بودن طرق انحلال قرارداد، در صورت امکان اجرای قرارداد، فسخ امکان‌پذیر نیست. البته ایشان فرض الزام متعهد را محدود به قراردادهایی که اجرای قرارداد مقید به زمان به صورت وحدت مطلوب نباشد، می‌داند. از این رو اگر اجرای تعهدات قراردادی در زمان خاص مدنظر باشد، امکان فسخ ابتدایی وجود دارد (شهیدی، ۳/۱۳۸۲: ۴۲-۴۳).

دکتر شهیدی این استدلال که با خودداری یک طرف از اجرای تعهدات، می‌توان اراده او نسبت به انحلال قرارداد را استنباط کرد و در نتیجه با اجتماع اراده وی با اراده طرف دیگر که مبادرت به فسخ کرده، امکان نوعی از اقاله را محقق دانست، رد می‌کند. چراکه خودداری، الزاماً بیانگر رضایت ممتنع بر فسخ نیست. چه بسا خودداری او، با انگیزه پیدایش شرایط مساعدتر به منظور اجرای قرارداد، باشد. همچنین در فرضی که رضایت ممتنع از این خودداری و یا سایر قرائن استنباط شود، اجتماع آن با رضایت متعهدله و تحقق تراضی بر خلاف آنچه که گمان رفته است، نمی‌تواند تشکیل‌دهنده اقاله شود، چه اقاله به صرف تراضی حاصل نمی‌شود و برای تحقق آن وجود قصد انشای موافق طرفین ضروری است (شهیدی، ۳/۱۳۸۲: ۱۷۷).

همچنین ایشان این گفته که حق فسخ ابتدایی، به دلیل خیار شرط معلق ضمنی یا خیار تخلف از شرط ضمنی است با این استدلال که شرط ضمنی طرفین آن بوده که در صورت عدم انجام تعهدات یا تأخیر در اجرا، طرف دیگر حق فسخ دارد را قبول ندارند. چراکه خیار شرط را نمی‌توان در موارد عادی، به اراده طرفین نسبت داد و شرط اینکه در صورت خودداری، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ کند، عادتاً مورد قصد طرفین قرار نمی‌گیرد. ایشان عقد لازم را جز در موارد استثنائی قابل فسخ

نمی‌دانند و بیان میدارند خودداری یکی از طرفین قراردادی از انجام تعهدات‌اش، در قانون، مجوز فسخ نیست (شهیدی، ۱۳۸۲/۳: ۱۷۷-۱۷۸).

دکتر کاتوزیان نیز بیان داشته است در قانون مدنی ایران فسخ ابتدایی برای متعهدله وجود ندارد و از قواعد عمومی قراردادها نیز، به دلیل اصل لزوم نمی‌توان وجود چنین اختیاری را در عقود معوض استنباط کرد. ایشان بیان می‌دارد اصل لزوم را تنها زمانی می‌توان از عقد برداشت که ضرری ناروا از آن ایجاد شود و برای جبران ضرر، فسخ توجیه‌پذیر باشد. جبران ضرر هنگامی ضرورت می‌یابد که اجرای تعهد متقابل ممکن نباشد و تعادل قراردادی برهم بخورد. در این فرض ملتزم نیز باید از بار ناخواسته‌هایی یابد، از این‌رو حق فسخ دارد. اما تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد امکان دارد، ضرورت مذکور، احساس نمی‌شود. ایشان همانند دکتر لنگرودی، ملاک ماده ۲۳۹ ق. م را مبین این قاعده می‌داند. ایشان این گفته که در قراردادهای معوض، معامله بر مبنای این شرط ضمنی قرار می‌گیرد که هر متعهد به هنگام، وفای به عهد کند و دو تعهد با هم مبادله می‌شوند، از این‌رو اگر یکی از طرفین از اجرای تعهد امتناع ورزد، طرف دیگر به استناد خیار تخلف از شرط ضمنی حق فسخ دارد را نیز صحیح نمی‌دانند. چه، در فرض صحت این فرض، امکان فسخ عقد را توجیه نمی‌کند. زیرا این شرط هرچه باشد، از شرط صریح در قانون که ضمانت اجرای نخستین را اجبار ملتزم قرار داده است، قویتر نیست. دکتر کاتوزیان پیدایش حق فسخ به علت خیار شرط ضمنی را نیز رد می‌کنند؛ چراکه ایشان بیان می‌دارند که دو طرف قرارداد به هنگام تراضی، بنای خویش را بر وفا و التزام به پیمان و رعایت حسن نیت می‌نهند و به‌طور معمول به نقض عهد و امکان فسخ آن نمی‌اندیشند. وانگهی، نفوذ خیار شرط منوط به این است که مدت آن معین باشد، وگرنه باطل است و سبب فساد عقد می‌شود. ایشان این گفته که در قرارداد دو تعهد متقابل وابسته به هم وجود دارد و التزام عقد نیز ناشی از همین پیوند است، از این‌رو اگر یکی از متعهدین، از عهد خویش سر باز زند، دیگری نیز این حق را پیدا می‌کند را نیز مورد پذیرش قرار نمی‌دهند و بیان می‌دارند که از پیوند میان تعهدات متقابل، جز این نتیجه نمی‌شود که از بین رفتن موضوع یکی از دو تعهد، دیگری را نیز از التزام رها می‌سازد و تعذر اجرای عقد به او حق فسخ می‌دهد؛ از این‌رو امکان فسخ در صورت تخلف باید بر مبنای دیگر استوار شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵/۳: ۲۳۳-۲۳۶). دکتر امامی نیز به پیروی از قول مشهور در فقه، بیان داشته که قانون مدنی ایران حق فسخ ابتدایی را در معاملات نپذیرفته و مادام که اجبار ممتنع صورت‌پذیر است، حق فسخ به متعهدله نمی‌دهد (امامی، ۱۳۶۳/۱: ۴۸۵). دکتر صفایی نیز همین مبنا را در کتب خود برگزیده است و از این‌رو به محض نقض قرارداد، امکان فسخ را منتفی می‌داند و تنها در صورت تعذر الزام، قائل به فسخ شده است (صفایی، ۱۳۸۴، ۲۴۹-۲۵۰).

مرحوم سیدمصطفی عدل نیز از شارحان متقدم قانون مدنی هم این عقیده را دارند و بیان داشته‌اند که از مجموع مواد ۲۳۳ و ۲۳۸ و ۲۳۲ ق.م استنباط می‌شود که حق فسخ مشروطه حق مطلق نیست و بلکه مشارالیه در صورتی که بخواهد از حق فسخ استفاده کند، باید قبلاً به حاکم رجوع کرده و اجبار مشروط علیه را برای اجرای تعهد بخواهد (عدل، ۱۳۷۸: ۳۰۸).

۳-۳. نظریه امکان فسخ ابتدایی

حقوقدانان جدید با ملاحظه آثار سوء تئوری اجبار به دنبال راه‌حلی هستند که فسخ ابتدایی را در حقوق ایران به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای تخلف از قرارداد بپذیرند. در عقیده این دسته از حقوقدانان، در صورت تخلف یکی از طرفین قرارداد، طرف دیگر اختیار الزام یا فسخ را دارد. در قراردادهای تجار، به‌ویژه قراردادهای تجاری بین‌المللی اجرای عین تعهد بعد از نقض قرارداد، مطلوب طرفین نیست و در برخی موارد هم، عقلایی و امکان‌پذیر نیست. چراکه فرایند طولانی پیش‌بینی شده برای این امر، موجب بروز خسارتی می‌شود که کم‌تر قابل تدارک است و با اصل سرعت در معاملات تجاری نیز در تعارض است (ستوده‌تهرانی، ۱۳۷۵: ۱۸) (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۴۸-۱۵۰) (عرفانی، ۱۳۸۶: ۱۵).

یکی از این نویسندگان بیان می‌دارد، اینکه متعهدله برای اعمال حق فسخ ابتدا باید الزام متعهد به انجام تعهد را بخواهد، مناسب طبع تجاری نیست. چراکه تجار ترجیح می‌دهند در بسیاری از موارد به محض مواجهه با تخلف طرف معامله، از آن صرف نظر کرده و کالای موردنیاز خود را به‌طریق دیگر تأمین کنند یا به شخص دیگری بفروشند. سرعت، سهولت و کم‌هزینه بودن روش فسخ ابتدایی نسبت به سایر روش‌ها علی‌الخصوص الزام متعهد از طریق اقامه دعوا، امتیاز فراوان آن را نشان می‌دهد (اصغری، ۱۱۵). وی البته حق فسخ مطلق را نیز موجب بی‌عدالتی دانسته و مصداق آن را زمانی می‌داند که قرارداد ولو با تأخیر هنوز مطلوبیت اساسی خود را داشته است یا آنکه تعهدات به‌شکل انجام‌شده قابل تکمیل و رفع نقص باشد و حتی بدون رفع نقص به‌دلیل جزئی بودن نقض، قابل جبران به طرق دیگر نظیر محاسبه‌ارش باشد که در این صورت‌ها نیز باید بیان داشت که متعهد اجمالاً به تعهدات خود عمل کرده و نمی‌توان قائل به حق فسخ برای متعهدله شد، چراکه سبب عسر و حرج و زیان شدید متعهد می‌شود. در غیر از این موارد ایشان قائل به امکان فسخ ابتدایی بوده و دلایل این نظر خود را این‌چنین بیان می‌دارند: اینکه مشهور در رد فسخ ابتدایی با استناد به مواد ۴۰۲ و ۴۰۶ ق.م بیان می‌دارند که این قانون فقط تأخیر ثمن در عقد بیع که مصداق انجام تعهد است را آن هم با شرایطی استثنائاً موجب فسخ می‌داند و حتی در ماده ۴۰۶ ق.م این حق را به خریدار جهت عدم تسلیم مبیع از سوی بایع اعطا نکرده است، موردپذیرش نیست. چه، ماده ۴۰۲ ق.م. صرفاً در

بیان شرایط تأخیر ثمن است و نسبت به وجود یا عدم سایر خيارات اعم از معنون و غیر معنون ساکت است. ایشان اینکه مشهور براساس اصله اللزوم، قائل به حق فسخ نیستند را این چنین رد می‌کند که ادله دیگر مانند نفی ضرر بر اصل لزوم حاکم است. همچنین اصرار بر اجرای قرارداد در هر حالتی، ممکن است سبب عُسر و حرج متعهد شود. در نهایت ایشان به دو دلیل حق فسخ ابتدایی را در حقوق ایران مورد شناسایی قرار داده است: نخست بیان می‌دارند که اگر عمده تخلفات قراردادی را به عدم رعایت شروط ضمن عقد اعم از صریح و ضمنی تحلیل کنیم، در آن صورت به جهت تمسک به عناوین مستقل خيارات و یا تحقق خيار تخلف شرط که در ماده ۴۴۴ ناظر به مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ آمده است، قرارداد قابل فسخ است. حال وقتی قانون‌گذار، در مبحث خيار تخلف شرط صرفاً برای احتراز از تکرار به مواد ۲۳۴ به بعد ارجاع می‌دهد معنی آن این است که باید عبارات مذکور در آن مواد در ارتباط با خيار تخلف شرط تفسیر شود، از این رو واژه «می‌تواند» در ماده ۲۳۷ ق. م در مبحث فسخ منطقی بدان معناست که مشروطه اختیار دارد قرارداد را فسخ کند یا تقاضای الزام به اجرا نماید. دلیل دوم که ایشان بیان می‌کنند آن است که در فقه اسلامی نیز چنین قیدی وجود ندارد که این دو حق رابطه طولی داشته باشند. لذا با توجه به اینکه در فقه اسلامی این دو حق در عرض یکدیگرند در حقوق موضوعه نیز، باید این چنین باشد (صادقی‌نشاط، ۱۳۸۸: ۳۰۸-۳۱۳). به نظر می‌رسد دلایلی که مستمسک این استاد حقوق قرار گرفته است، قابل‌خدشه است. اینکه بیان شده ماده ۴۰۲ صرفاً در بیان شرایط خيار تأخیر ثمن است و نافی سایر خيارات نیست صحیح است، اما نمی‌توان از این ماده خيارات دیگر را اثبات کرد.

همچنین اگر به گفته ایشان، تمام تخلفات قراردادی را به شروط ضمن عقد تحلیل کنیم، که این فرض امکان‌پذیر نیست، باز هم نتیجه، شناخت حق فسخ به جهت نقض تعهدات قراردادی نیست. چراکه نقض شروط ضمن عقد، البته به جز شرط نتیجه و صفت که خارج از مانحن‌فیه است، موجب فسخ نیست، بلکه صرفاً مشروط‌علیه اجبار می‌شود و برخلاف نظر ایشان واژه «می‌تواند» در ماده ۲۳۷ ق. م. به هیچ وجه، دلالت بر اختیار متعهدله مبنی بر اعمال حق فسخ یا اجبار متعهد ندارد، بلکه صرفاً به این معنا است که برای متعهدله این امکان وجود دارد که متعهد را اجبار به انجام تعهد کند. چه، اگر مفهوم واژه «می‌تواند» به معنای اختیار متعهدله در اجبار متعهد یا اعمال حق فسخ باشد، ماده ۲۳۷ ق. م. با مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ این قانون تعارض پیدا می‌کند. چراکه مواد مزبور حق فسخ را منوط به عدم امکان اجبار و عدم قابلیت انجام موضوع شرط به وسیله ثالث و به هزینه مشروط‌علیه کرده است، درحالی‌که مطابق تفسیر این استاد حقوق، به صرف تخلف از شرط، مشروط‌له امکان فسخ قرارداد را دارد (دارویی، ۱۳۹۳: ۱۳۲-۱۳۳).

همچنین اینکه این استاد حقوق بیان داشتند که در فقه اسلامی، اعمال حق فسخ مقید به تعذر الزام نشده است نیز صحیح نیست، چراکه اقوال فقهای عظام مبنی بر این تقیید در کتب فقهی بیان شده که بسیاری از فقها قائل به امکان فسخ صرفاً در فرض تعذر اجبار هستند (حیدری، ۱۳۹۷: ۱۵۰).

دیگر قائل به این نظریه، قاعده فسخ ابتدایی در صورت نقض قرارداد، را بر سه مبنا توجیه کرده است. اولین دلیل وی توسل به شروط ضمن عقد است. با این توضیح که قراردادها معوض متضمن شرطی هستند که به موجب آن هر کدام از طرفین متعهد می‌شوند تعهد خود را بلافاصله پس از انعقاد عقد یا در موعد مقرر انجام دهند. حال اگر یکی از طرفین از انجام تعهد خود امتناع کند، شرط ضمنی انجام تعهد را نقض کرده است و متعهدله می‌تواند همانند نقض سایر شروط متعهد را به انجام شرط اجبار یا قرارداد را فسخ کند. دومین دلیل او آن است که طبق ماده ۲۲۵ ق.م.ا.ر در عرف و عادت متعارف باشد، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است. قراردادهای معوض نیز متضمن شرط التزام هستند، به این معنا که هر طرف به طور ضمنی، خود را به انجام تعهد ملتزم کرده است که تخلف از آن موجب حق فسخ خواهد شد. دلیل آخری که ایشان بیان داشته‌اند آن است که قراردادهای معوض، متضمن دو دسته از تعهدات متقابل است. شرط پایبندی یک طرف به تعهدات خود به دلیل وابستگی این دسته از تعهدات به یکدیگر، پایبندی طرف دیگر به انجام تعهداتش است. این وابستگی تعهد هریک از طرفین در یک قرارداد معوض، به نحوی است که فرض می‌شود ارزش تعهدات طرفین تقریباً برابر است. این وابستگی تعهدات طرفین نه تنها در مرحله انشای عقد، بلکه در استمرار عقد نیز وجود دارد. حال اگر انجام تعهد ممکن باشد، ولی متعهد از انجام آن خودداری کند، دلیلی وجود ندارد که بتوان طرف مقابل را به انجام تعهد اجبار کرد، چراکه هر طرف به این دلیل تعهدی را پذیرفته است که از تعهدات طرف مقابل منتفع شود، از این رو چنانچه طرف مقابل از انجام تعهداتش امتناع کند، متعهدله باید بتواند خود را از تعهدات قراردادی آزاد کند که این امر با اعمال حق فسخ رخ می‌دهد. همچنین در عقود معوض این امر موجب ضرر است که یک طرف از انجام تعهد امتناع کند، ولی بتواند طرف دیگر را به انجام تعهدش ملزم کند. علاوه بر این قانون‌گذار در ماده ۲۳۹ قانون مدنی صریحاً به متعهدله اختیار داده است که معامله را به سبب نقض شرط ضمن عقد فسخ کند، از این رو به طریق اولی، متعهدله حق دارد که معامله را به سبب تخلف از تعهدات اصلی فسخ کند (شیروی، ۱۳۹۶: ۲۴۵-۲۴۸) (شیروی، ۱۳۷۸، ۶۲-۶۷)، این دلایل نیز محل ایراد است. در مورد دلیل اول، باید گفت که قانون‌گذار حق فسخ در تخلف از شرط فعل را تنها در فرض که اجبار ممکن نباشد و موضوع شرط قابل انجام به وسیله ثالث نباشد، پذیرفته است، از این رو نمی‌توان دلیل اول ایشان را در تأیید نظریه فسخ ابتدایی

موردپذیرش قرار داد. همچنین همان‌طور که دکتر کاتوزیان اشاره کرده‌اند؛ از پیوند میان تعهدهای متقابل، تنها نتیجه حاصل آن است که از بین رفتن موضوع یکی از دو تعهد، طرف دیگر را از انجام تعهدات اش رها می‌سازد.

۳-۴. جمع‌بندی

در نظام حقوقی کشورهای کامن‌لا که در این مقاله به‌عنوان پایگاه اصلی این نظام حقوقی مقررات کشور انگلستان مورد بررسی قرار گرفت، حق فسخ ابتدایی قرارداد به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای در دسترس در فرض تخلف از تعهدات قراردادی وجود دارد. همچنین اسناد بین‌المللی حقوقی بررسی شده نیز از مقررات حقوق کامن‌لا تبعیت کرده و حق فسخ را برای طرف متضرر موردپذیرش قرار داده‌اند. وجه مشترک حقوق انگلیس (کامن‌لا) و اسناد مورد بررسی آن است، اگرچه فسخ ابتدایی موردپذیرش است، اما هدف اصلی حفظ قرارداد است، از این‌رو نقض تعهدات قراردادی، سبب پیدایش حق فسخ به‌صورت مطلق نیست و تمسک به این حق تحدید شده است. معیار اساسی در حقوق کشور انگلستان و اسناد مورد بررسی آن است که نقض تعهدات اصلی قراردادی که همان نقض اساسی تلقی می‌شود، سبب پیدایش این حق است. از این‌رو نقض تعهدات فرعی به‌طرف متضرر حق فسخ نمی‌دهد و در این فرض وی باید ضرر خود را از دیگر ضمانت‌اجراهای موجود نظیر مطالبه خسارت جبران کند.

در فقه امامیه نیز حکم ترتیبی بودن اجبار و حق فسخ، حکمی اجماعی نیست و با توجه به نظرات مخالف این حکم، اطلاق حکم مشهور بر آن نیز محل تردید است. همچنین با توجه به ادله قائلان به تخییر و استدلال‌هایی که سابقاً در رد ادله نظریه امکان فسخ در صورت تعذر تسلیم، آورده شد باید بیان داشت که قول به تخییر، دارای ادله محکم فقهی و همچنین استدلال‌های عقلی مستحکم است که حتی ادله طرف مقابل نیز نمی‌تواند به استحکام آن‌ها، لطمه‌ای وارد کند. بنابراین طبق ادله فقهی و عقلی سابق‌الذکر، باید اختیار متعهدله میان اجبار و فسخ را پذیرفت. چه بسیاری از فقهای عصر حاضر نیز این نظریه را با توجه به تفصیل بحث‌های مربوط به نظریه تعهدات در حقوق امروز و نیازمندی‌های امروزه حقوق تعهدات، موردپذیرش قرار داده‌اند. در حقوق ایران نیز همانند بسیاری از نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی، می‌توان قائل به فسخ ابتدایی، بدون الزام قبلی متعهد، شد. به‌عبارتی رابطه الزام متعهد به اجرای قرارداد و حق فسخ را یک رابطه عرضی دانست. اهم دلایل و مبانی این نظریه از این قرار است:

۱- فقها علی‌الخصوص فقیهان معاصر، قائل به امکان فسخ به صورت ابتدایی هستند. با این توجیه که با اعمال حق فسخ، ضرر دفع شود که دلیل اعطای این خیار فسخ، قاعده لاضرر است. چه، اعمال مطلق نظریه اجبار در بسیاری از موارد ضرر هنگفتی را به متعهدله وارد می‌آورد.

۲- امام خمینی (ره) مبنای این خیار را که از آن به عنوان خیارالامتناع یاد کرده‌اند، تلقی عرفی در نزد عقلا می‌دانند. چراکه عقلا انتظار دارند، چنانچه یکی از طرفین، تعهدات اصلی را انجام ندهد، طرف دیگر بتواند اقدام به فسخ کند، چراکه متعهدله التزامش به عقد، مشروط به پایبندی متعهد به انجام تعهد است (امام خمینی، ۱۴۲۱/۵: ۳۲۸-۳۳۳). با توجه به این مبنای اعمال حق فسخ، در صورت تخلف مشروط‌علیه، بنای عرف بر عدم لزوم است و مشروط‌له میان لزوم عقد و اجبار مشروط‌علیه و عدم التزام به عقد و اعمال حق فسخ، مخیر است (طباطبایی‌یزدی، ۱۳۷۸/۲: ۱۲۹) از این رو باید بیان داشت که اعمال حق فسخ، تخصیصی بر اصل لزوم است.

۳- قانون مدنی در فصل سوم (اثر معاملات)، اصلی‌ترین اثر معامله را طبق ماده ۲۱۹، لازم‌الاتباع بودن معامله میان طرفین بیان کرده است. قانون مدنی در مواد بعدی نیز ضمانت اجرای این اثر را جبران خسارت زیان‌دیده و مسئولیت مدنی متخلف دانسته است. باید دقت داشت که خسارت تأخیر در انجام تعهد با اجرای تعهد قابل جمع است، اما خسارت عدم انجام تعهد پُر واضح است که بدل اصل تعهد است و با آن قابل جمع نیست، چراکه اگر تعهد انجام شود، خسارتی از این جهت به طرف دیگر نمی‌رسد و همچنین اگر اصل تعهد اجرا نشود، خسارتی که مورد حکم قرار می‌گیرد، جدای از تعهد اصلی است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۶۴-۲۶۵). حال وقتی ماده ۲۲۱ ق. م مقرر داشته است که در صورت تخلف از انجام تعهد، متخلف مسئول خسارت است، پس با توجه به آنکه خسارت بدل اصل تعهد بوده، قرارداد از بین رفته است. اما طبق قواعد عمومی، قرارداد تنها به موجب اسباب انحلال از بین می‌رود. در مانحن‌فیه اقاله صورت نگرفته است، چراکه اقاله مستلزم تراضی است. از طرفی این فرض انفساخ نیز نیست، چه انحلال قهری، امری استثنائی بوده و مستلزم تصریح قانونی است. اگر قرارداد به دلیل عدم انجام تعهد از سوی یک طرف منتفی شود، باید قبول داشت که اجبار متعهد غیرممکن است، حال آنکه امکان اجبار مورد نظر فقها و حقوقدانان و همچنین نظام‌های حقوقی دنیا است. با توجه به این استدلال‌ات، باید گفت که ماده ۲۲۱ ق. م به دلالت التزامی، عدم اجرای قرارداد را موجب حق فسخ دانسته است. با این توضیح که خسارت، بدل اصل تعهد است و با اجرای آن قابل جمع نیست. از این رو متعهدله تنها در فرضی می‌تواند خسارت عدم انجام تعهد را مطالبه کند که قرارداد را فسخ کند. ماده ۲۲۲ نیز این نظریه را تأیید می‌کند. چراکه در این ماده قانون‌گذار با به‌کارگیری «می‌تواند» به حاکم این اختیار را داده که به متعهدله اجازه دهد که

عمل را انجام دهد و متعهد را به تأدیه مخارج آن، محکوم کند. پس اختیاری بودن این امر و ذکر آن پس از بیان جبران خسارت به‌عنوان ضمانت‌اجرای اصلی نقض، دلالت بر آن دارد که حاکم می‌تواند طبق ماده ۲۲۱ ق. م به جبران خسارت محکوم کند که لازمه آن فسخ است.

۴- از طرف دیگر با توجه به آنکه، قانون‌گذار، اجرای مفاد ماده ۲۲۲ را مشروط به رعایت ماده ۲۲۱ (قسمت اخیر ماده) کرده است، در نتیجه، می‌توان گفت که ماده ۲۲۲ در مقام بیان جبران خسارت است، نه ایفا و اجبار به انجام تعهد. چراکه ایفا تعهد یا اجبار را نمی‌توان به‌تصریح 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 مسئولیت مدنی به او اعطا کرده است، انتخاب می‌کند، نه اعمال تئوری اجبار؛ و با توجه به اینکه جبران خسارت با اجبار به انجام تعهد قابل جمع نیست، از این رو ماده ۲۲۲ ق. م نیز در مقام بیان جبران خسارت پس از فسخ قرارداد است. به بیان دیگر، با عدم ایفای تعهد برای متعهدله به‌موجب ماده ۲۲۱ حق فسخ ایجاد می‌شود. حال پس از فسخ که متعهدله مستحق جبران خسارت است، این خسارت می‌تواند با پرداخت وجه نقد جبران شود (ماده ۲۲۱ ق. م) یا در اجرای ماده ۲۲۲ این قانون با تأدیه مخارج انجام عمل جبران شود. از این رو مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ ق. م به وضعیت پس از فسخ قرارداد پرداخته‌اند (دارویی، ۱۳۹۳: ۱۳۳-۱۳۵).

۵- اینکه برخی حقوقدانان، با وحدت ملاک از مواد مربوط به تخلف از شرط فعل و قیاس، قائل به عدم امکان فسخ ابتدایی در فرض تخلف از تعهدات اصلی شده‌اند نیز صحیح نیست. چه، اولاً تعهدات اصلی قرارداد با تعهدات فرعی نباید قیاس شود. تعهدات اصلی، مقصود اصلی طرفین در انعقاد عقد است، در حالی که تعهدات فرعی به این صورت نیستند. با توجه به تفاوت جایگاه و اهمیت این دسته از تعهدات، منطقی نیست که ضمانت‌اجرای تخلف از آن‌ها یکسان باشد. بله همانند حقوق انگلیس و اسناد بین‌المللی، صرف تخلف از تعهدات فرعی (شرط فعل) نباید سبب فسخ شود و هستی حقوقی یک قرارداد را به دلیل نقض یک تعهد فرعی به مخاطره انداخت و به اصل لزوم، خدشه وارد کرد. اما نقض تعهدات اصلی، سبب می‌شود که متعهدله آنچه را که براساس قرارداد انتظار استحقاق‌اش را داشته، تأمین نشود. از این رو در این فرض شناخت حق فسخ منطقی است. اینکه در این فرض زیان‌دیده ملزم باشد که طرف مقابل را اجبار کند، در بسیاری از مواقع، سبب تأمین هدف قراردادی او نمی‌شود. همچنین اعمال مطلق نظریه اجبار در روابط میان تجار، نتایج به‌مراتب زیان‌بارتری دارد. چه معاملات میان تجار، غالباً براساس اعتبار است، از این رو ایفای دیون یک تاجر به وصول مطالبات‌اش بستگی دارد، در نتیجه عدم وصول به موقع یک طلب، موجب عدم

پرداخت یک دین و ایجاد یک ورشکستگی پیوسته می‌شود. علاوه بر آن، الزام به دلیل صرف وقت و هزینه دادرسی، اصل اولیه در تجارت که سرعت و سهولت است را نیز مورد خدشه قرار می‌دهد. با توجه به این نتایج است که قانون‌گذار در مبحث شروط ضمن عقد، ضمانت اجرای اولی عدم اجرای شرط فعل را اجبار مشروط علیه دانسته، اما در مبحث اثر معاملات، در خصوص ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات اصلی از اجبار سخن نگفته و ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی را صرفاً مسئولیت مدنی بیان کرده که با توجه به عدم امکان جمع مسئولیت مدنی با اجبار، امکان فسخ قرارداد در صورت نقص تعهدات اصلی استنباط می‌شود.

۶- در عقود معین نیز مصادیق فسخ ابتدایی وجود دارد، مانند تأخیر ثمن در بیع، تخلف از شرایط مقرر میان مؤجر و مستأجر، فروش مال با نمونه، شرط دادن رهن در ضمن یک معامله، مواد ۶ و ۱۶ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹.

۷- همچنین این ایراد که حق فسخ ابتدایی با برخی مواد قانون مدنی که ظاهراً عدم انجام تعهد را صرفاً موجبی برای اجبار دانسته‌اند، در تعارض است نیز قابل مرتفع کردن است. برای مثال ماده ۳۷۶ قانون مدنی که ضمانت اجرای تأخیر در تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن را حسب مورد اجبار بایع یا مشتری در تسلیم یا تأدیه بیان کرده است را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که با این نظریه در تعارض نباشد. به این صورت که مقصود قانون‌گذار تحدید حقوق متعهدله به اجبار صرف نیست، بلکه منظور امکان اجبار است. به بیان دیگر، یکی از حقوقی که متعهدله دارد، اجبار طرف دیگر به انجام تعهد است و با توجه به قاعده اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند، امکان اجبار، مانع دیگر حقوق متعهدله نیست. دلیل صحت این استدلال را نیز می‌توان ماده ۳۵۹ دانست که تأخیر در تأدیه ثمن را موجب خیار تأدیه ثمن برای بایع دانسته است. پس ماده ۳۷۶ ق. م در مقام بیان تمام حقوق بایع و مشتری نبوده است. البته اگرچه ماده ۴۰۶ خیار تأخیر ثمن را مخصوص بایع دانسته است، اما همان‌گونه که برخی حقوقدانان اشاره کرده‌اند، مقصود قانون‌گذار این است که مشتری به جهت تأخیر در تسلیم، خیار تأخیر با اوصاف و شرایط این خیار را ندارد، نه اینکه هیچ خیار دیگر نداشته باشد (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۰) (دارویی، ۱۳۹۳: ۱۳۹).

۸- علاوه بر دلایل فوق‌الذکر، در رویه قضائی در مقام دفع ضرر از متعهدله، حق فسخ ابتدایی مورد حکم قرار گرفته و این خود ناشی از توجه به عدالت و جلوگیری از ضرر وی بوده است. در پرونده کلاسه ۳۳۳/۷/۷۴ که منجر به صدور دادنامه به شماره ۲۰۸ مورخ ۱۳۷۵/۵/۷ از شعبه ۷ دادگاه عمومی شهریار شده است، خواهان پرونده به استناد قرارداد عادی تنظیمی، اظهار کرده، طی توافقات به عمل آمده یک قطعه باغ را به مبلغ نه میلیون ریال به خواننده واگذار کرده و مقرر شده مبلغ

۴۵۰۰۰۰۰ ریال نقداً و الباقی طی چهار چک در مواعد معینه تأدیه شود. خواننده پس از پرداخت مبلغ پنج میلیون ریال، از پرداخت باقی ثمن خودداری می‌کند. خواهان به‌جای الزام خریدار به تأدیه، و بدون وجود منشأ قانونی و قراردادی، خواستار فسخ می‌شود. دادگاه نیز دعوای خواهان را ثابت تشخیص و حکم به فسخ و ابطال قرارداد می‌دهد.

نتیجه‌گیری

اعمال مطلق تئوری اجبار موجب مشکلات فراوان اجتماعی و اقتصادی می‌شود. در بسیاری از موارد اعمال بی‌قید و شرط این نظریه، سبب عُسر و حرج متعهده و حتی در برخی موارد سبب عُسر و حرج شدید متعهد نیز می‌شود، به همین جهت در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا، امکان اجبار، در اختیار متعهده نیست و این دادگاه است که با در نظر گرفتن بسیاری از عوامل، این تصمیم را می‌گیرد که متعهد را ملزم به اجرای تعهد کند یا خیر. در نظام حقوق ایران نیز اعمال این نظریه، علاوه بر آنکه سبب افزایش بسیار پرونده می‌شود، با توجه به طولانی بودن دادرسی‌ها و مشکلات عملی و اقتصادی و خلأهای قانونی، در بسیاری از موارد یک حکم ضرری بوده و سبب ایجاد عُسر و حرج متعهده می‌شود که با توجه به ادله‌ای نظیر لاضرر، اعمال این نظر چه بسا صحیح و مشروع نباشد. همچنان‌که بسیاری از فقهای عظام در چنین مواردی که یک حکم منجر به ورود ضرر بیش‌تر شود، آن را غیر جایز دانسته و آن حکم را بنا به قاعده لاضرر نفی می‌کنند. علاوه بر این، اعمال این نظریه در مواردی سبب سوءاستفاده نقض‌کننده می‌شود، چراکه برای الزام او، متعهده باید مراحل دادرسی را طی کند. حال امکان دارد با توجه به اطاله این مرحله، متعهد اموال خود را مخفی کند یا به قصد فرار از دین به دیگران منتقل کند.

با در نظر گرفتن تمامی این معایب، مزایا و چالش‌های پیش‌روی نظریه اجرای اجباری قرارداد، حقوقدانان دنیا با تحلیل و تفسیری نو از اصل لزوم، به دنبال ایجاد نظریه‌ای بوده‌اند که با اعمال آن، زمینه برقراری عدالت و نظم عمومی اقتصادی در جامعه، دست‌یابی طرفین قرارداد به مقصود اصلی قراردادی‌شان، تقلیل ورود خسارت به آن‌ها و تسهیل در امور و معاملات تجاری از جهت رعایت اصل سرعت، امنیت و استحکام ایجاد شود که ماحصل آن بوده که عدم انجام تعهد از سوی متعهد در صورتی که نقض اساسی تلقی شود، موجب حق فسخ برای متعهده است. در فقه امامیه نیز بسیاری از فقهای عظام نیز اولویتی برای اجرای عین تعهد نسبت به حق فسخ قائل نبوده و متعهده را مختار دانسته‌اند. از این‌رو دست برداشتن از نظریه الزام و یا به عبارت دقیق‌تر، تعدیل این نظریه، با اجماع فقهای عظام، شرع و قانون تعارض ندارد، بلکه همان‌طور که برخی فقها بیان داشته‌اند، مبنای این نظریه، بنای عقلا است که در صورت تخلف یکی از طرفین از انجام تعهدات‌اش، طرف دیگر

مختار در فسخ یا اجبار است. کما اینکه در بسیاری از نظام‌های حقوقی معاصر نیز حق فسخ و اجبار متعهد در عرض یکدیگر و به موازات مورد پذیرش قرار گرفته‌اند.

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۲)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، حسن (۱۳۶۳)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
- امامی، حسن (۱۳۶۳)، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹)، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران: دانشگاه تهران.
- حیدری، محمد مهدی (۱۳۹۷)، مطالعه تطبیقی فسخ به جهت نقض قرارداد در حقوق ایران، حقوق انگلیس و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
- دارویی، عباسعلی (۱۳۹۳)، «فسخ به جهت نقض قرارداد»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۰ (۲۸) صفحه - از ۱۱۷ تا ۱۴۴.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۵)، حقوق تجارت، جلد دوم، تهران: نشر دادگستر.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، سقوط تعهدات، تهران: نشر حقوقدانان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، حقوق مدنی ۳، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، جلد دوم، تهران: مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۶)، حقوق قراردادها، تهران: سمت.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۸)، فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران، مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱ (۲۴ صفحه - از ۴۹ تا ۷۲).
- صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، مطالعات حقوق خصوصی، سال سی و نهم - شماره ۴ (۱۸ صفحه - از ۲۹۷ تا ۳۱۴)
- صفایی، سید حسین، مرتضی عادل، محمود کاظمی و اکبر میرزا نژاد (۱۳۸۴)، حقوق بیع بین‌المللی، با مطالعه تطبیقی، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۶)، حقوق تجارت، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- عدل، مصطفی (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، جلد اول، قزوین: بحر العلوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، آثار قراردادها، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، اجرای قراردادها، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، انحلال قراردادها، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، جلد اول، تهران: مؤسسه نشر یلدا.

عربی

- الحسینی السیستانی، السیدعلی (۱۴۱۵)، منهاج الصالحین، الاولی، قم: مکتب آیه‌الله‌العظمی السید السیستانی.

- الحسينى المراغى، مير عبد الفتاح (١٤١٧)، العناوين الفقهية، ٢ جلد، جلد اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- الطوسى، ابى جعفر محمد بن الحسن بن على (١٣٧٨)، المبسوط فى فقه الاماميه، الثالث، طهران: المطبعه الحيدريه.
- الموسوى خمينى الخمينى، سيد روح الله (١٤٢١)، كتاب البيع، الاولى، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره).
- النراقى، احمد بن محمد مهدى (١٤١٧)، عوائد الأيام فى بيان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، يك جلد، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم.
- انصارى، مرتضى (١٤١١)، كتاب المكاسب المحرمة و البيع و الخيارات (ط - القديمة)، ٣ جلد، جلد اول، قم: منشورات دار الذخائر.
- حلى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى (١٤٢٠)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثه)، ٦ جلد، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- حلى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى (١٤١٤)، تذكرة الفقهاء (ط - الحديثه)، ١٤ جلد، جلد اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- خويى، سيد ابو القاسم (١٣٧٧)، مصباح الفقاهة، ٧ جلد، الطبعة الاولى، مقرر: محمدعلى توحيدى تبريزى، قم: مكتبه الداورى.
- خويى، سيد ابو القاسم (١٤١٠)، منهاج الصالحين، الثامن و العشرون، قم: مدينه العلم.
- سبزوارى، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن (١٤٢٣)، كفاية الأحكام، ٢ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم..
- عاملى، شهيد اول، محمد بن مكى (١٤١٢)، الدروس الشرعية فى فقه الإمامية، ٣ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- عاملى، شهيد ثانى، زين الدين بن على (١٤١٣)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ١٥ جلد، جلد اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلاميه.
- عاملى، شهيد ثانى، زين الدين بن على (١٤١٠)، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقيه (المحشى - كلاتر)، جلد چهارم، قم، كتابفروشى داورى.
- كركى، محقق ثانى، على بن حسين (١٤١٤)، جامع المقاصد فى شرح القواعد، ١٣ جلد، جلد دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام..
- نجفى، صاحب الجواهر، محمد حسن (١٤٠٤)، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، چهل و سه جلد، بيروت: دار إحياء التراث العربى.
- وحيد خراسانى، حسين (١٤١٥)، منهاج الصالحين، جلد ٣، قم: مدرسه الامام الباقر العلوم (ع).
- يزدى، سيد محمد كاظم طباطبايى (١٤٢١)، حاشيه المكاسب، ٢ جلد، جلد دوم، قم: مؤسسه اسماعيليان.

مقاله

- جهانی، بهزاد و پریش پورشکیبایی (۱۳۹۰)، «جایگاه پلیس ویژه‌ی کودکان و نوجوانان در فرایند دادرسی کیفری»، فصلنامه‌ی کارآگاه. شماره هفدهم، سال پنجم.
- راعی، مسعود و فرامرز عطریان (۱۳۹۳)، «استقلال سازمان‌های غیردولتی در نظام حقوقی ایران، فرانسه و سوئیس»، مجله علمی پژوهشی مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره دوم.
- رضوانی‌قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۳۹۴)، «مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی سازمانهای مردم‌نهاد در ایران و فرانسه؛ از تأسیس تا فعالیت»، مجله علمی پژوهشی مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ششم، شماره دوم.
- زینالی، حمزه (۱۳۸۲)، «قانون حمایت از کودکان و نوجوانان و تقابل دیدگاه در آن»، تهران، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال سوم، شماره نهم.
- ساقیان، مهدی (۱۳۹۴)، تقریرات درس آئین دادرسی کیفری تطبیقی، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم-شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی قشم.
- سماواتی پیروز، امیر و (۱۳۸۴)، «ناتوانان بزه دیده: از بایسته‌های جرم‌شناختی تا قوانین و مقررات کیفری». تهران، مجله حقوقی دادگستری. شماره پنجاه و دوم و پنجاه و سوم.
- عظیمی، محمدرضا (۱۳۹۴)، «گوهر مقصود یا موج خون افشان؟ (واکاوی ماده ۶۶ قانون آئین دادرسی کیفری)»، ماهنامه مدرسه حقوق، شماره نود و پنجم.
- کمالی محمد و فریبا ایران (۱۳۸۲)، «مروری بر حقوق کودکان دارای ناتوانی و معلولیت»، تهران، فصلنامه رفاه اجتماعی. شماره هفتم، سال دوم.
- میری قلعه سری، حسن (۱۳۸۷)، حمایت از بزه دیده در نظام کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

قوانین

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون آئین دادرسی کیفری.

منبع الکترونیک

- کوشکی، غلامحسین (۱۳۹۲)، گفتگو و مصاحبه درباره «پلیس اطفال یکی از نهادهای اصلی تأمین حقوق اساسی نوجوانان»، وبسایت حقوقی تحلیلی کافه حقوق. Cafehghough.com

انگلیسی

- Andrew, Neil (2013), Contract Law, Cambridge University Press.
- Cartwright, John (2016), Contract Law (An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer), Hart Publishing.
- Chitty, Joseph (2008), Chitty on Contracts, London: Sweet & Maxwell, ed. 30th., vol.1
- Chitty, Joseph (2008), Chitty on Contracts, London: Sweet & Maxwell, ed. 30th., vol.2
- Duxbury, Robert (2000), Contract Law in a Nutshell, Sweet & Maxwell Uk, ed. 5th

- Furmston, Michael, Cheshire, Fifoot and Furmston's(2007), Law of Contract, Oxford University Press, ed. 15th
- Halson, Roger (2017), Contract Law, Edinburgh, Longman, ed. 1th.
- Honnold, John O. (1999), Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, The Hague: Kluwer Law International, ed. 3th.
- Koch, Robert (1999), The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Kluwer Law International.
- Lookofsky, Joseph (2000), The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, editors : J. Herbots, R. Blanpain (general editor), International Encyclopaedia of Laws - Contracts, Kluwer Law International.
- Macdonald, Elizabeth and Atkins, Ruth, Koffman & Macdonald's (2018), Law of Contract, Oxford University Press.
- Mckendrick, Ewan (2007), Contract Law, Palgrave Macmillan, ed. 7th.
- Mulcahy, Linda (2008), Contract Law in Perspective, Routledge-Cavendish; ed. 5th.
- Naidoo André (2021), Complete Contract Law, Oxford University Press, 1th.
- Peter Schlechtriem (1999), "Termination and Adjustment of Contracts", Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", European Journal of Law Reform (Kluwer) Vol. 1, No3.
- Poole, Jill (2006), Textbook on Contract Law, Oxford University Press, ed. 8th.
- Stone, Richard (2005), The Modern Law of Contract, Cavendish Publishing, ed. 6th.
- Treitel, G. H. (1988), Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford University Press.
- Treitel, G. H. (1995), The Law of Contract, Sweet & Maxwell.
- Turner, Chris (2013), Contract Law, Routledge, 1th.