

مبانی اجرای عین تعهد در حقوق اسلام و ایران

سیامک توانگر^۱

ربیعا اسکینی^۲

چکیده: در نظام حقوقی ما «اجرای اجباری عین تعهد»، به عنوان نخستین ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد، به لحاظ اجباری بودن درخواست آن از ناحیه متعهدله و تغییر مبانی قانونی و شرایط اقتصادی و اجتماعی، پاسخ گوی ضرورتها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه نیست؛ در حالی که حقوق، مجموع قواعد زندگی در اجتماع است و نمی تواند از نیازها و ضرورت های این زندگی دور بماند. بنابراین، روش بینی در آن است که اقتضای زمانه درک شود و مصالح و مفاسد نیز در وضع و تفسیر و اجرای قواعد حقوق نقش مهمی داشته باشد. از همین رو، نظام حقوقی ما در زمینه ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد، باید در جهت هم سویی و هماهنگی با اسناد بین المللی و نظام های پیشرفته حقوقی جهان معاصر گام برداشته و هم عرض بودن مکانیسم های مقابله با نقض قرارداد را بپذیرد. روش دستیابی به این مهم در نظام حقوقی ما، اختیاری نمودن اصل اجرای عین تعهد قراردادی از ناحیه متعهدله است. پذیرش این نظر در نظام حقوقی ما نه تنها در تضاد با پیشینه فقهی و سنت حقوقی جامعه نیست، بلکه به لحاظ تحول تدریجی قاعده در نظام حقوقی ما و وجود سابقه نظریه پردازی در حقوق اسلامی و عطف توجه به نقش عوامل پویایی فقه از جمله «عقل مستقل»، گستره «قاعده لاضرر» و «بنای عقلا» با مبانی حقوق اسلام و ایران سازگار است.

کلیدواژه ها: ضمانت اجرا، نقض قرارداد، تعهد، اجرای اجباری عین تعهد، اسناد بین المللی.

۱. دانش آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

(siamaktavangar@yahoo.com)

۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران. (dreskini@inbox.com)

مقدمه

«اجرای اجباری عین تعهد» به عنوان یکی از روش‌های مقابله با نقض قرارداد، به سبب انطباق با اصول کلی حقوق و قواعد عمومی نظیر: وفای به عهد و لزوم قراردادهای و هم‌چنین به سبب اهمیت آن در تنظیم برنامه‌های اجتماعی و نقش آن در ثبات و امنیت قراردادهای و وصول به مقاصد، مورد شناسایی غالب نظام‌های حقوقی جهان معاصر، از جمله ایران و اسلام، و نیز اسناد بین‌المللی قرار گرفته است؛ اما نحوه استفاده از این شیوه مقابله با نقض قرارداد، بنابر ملاحظات تاریخی و نظام‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی مختلف، متفاوت است.

هدف اساسی در این جستار، پاسخ‌گویی به این سؤال است که آیا روش نظام حقوقی ما در زمینه ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد از طریق پذیرش شیوه «اجبار به انجام عین تعهد تا حد امکان» پاسخ‌گوی ضرورت‌ها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه است؟ برای پاسخ به این سؤال، ابتدا به بررسی اجرای اجباری عین تعهد در حقوق اسلامی و سپس حقوق ایران پرداخته و در نهایت به بررسی تعدیل قاعده و راهکار اجرای آن در نظام حقوقی خود می‌پردازیم.

۱- اجرای اجباری عین تعهد در حقوق اسلامی

در حقوق اسلامی، اجرای اجباری عین تعهد، غالباً در باب «تسلیم» یا «قبض» مطرح می‌شود. البته در این امر که هر یک از طرفین، ملزم به انجام تعهدات ناشی از عقد است و در صورت امتناع، مجبور به اجرای تعهد می‌شود، میان فقها تردیدی وجود ندارد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۱۴۴؛ انصاری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۲۶۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴: ۷۱۹ به بعد). اما در مورد علت و فلسفه قاعده اجبار نیز، فقها به ادله صحت و لزوم عقد، مثل آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و حدیث «المؤمنون عند شروطهم»^۱ و اطلاق عقد تمسک بسته‌اند (علامه حلی، الف بی‌تا، ج ۱ و ۲: ۱۷۵؛ طوسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۸؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۱۴۴؛ انصاری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۶۲؛ خویی، ۱۳۶۸، ج ۷: ۵۶۴). در حقوق اسلامی نیز برای اثبات مبانی اصل لزوم و اجباری بودن قرارداد علاوه بر عموماًت فقهی کتاب و سنت، به بنای عقلا و استصحاب نیز اشاره کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵،

^۱ برای ملاحظه مفهوم و قلمرو آیه و روایت فوق (ر.ک: محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۰۳ به بعد؛ شهیدی، ۱۳۷۹: ۲۶۵ به بعد).

ج ۱: ۵۹ به بعد؛ محمدی، ۱۳۷۴: ۲۷۵ به بعد).

از همین رو برخی گفته‌اند که در فقه، با توجه به ادله صحت و لزوم عقد و التزام به مفاد آن، از قبیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» تعهد چه مستقل و چه تبعی و ضمن عقد، نسبت به متعهد و مشروط^۱ علیه، واجب الوفا می‌باشد (گرجی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۴۲؛ سنگلجی، ۱۳۴۱: ۱۱۱). این تکلیف برای متعهدله، حقی ایجاد می‌کند که بر مبنای آن، چنانچه متعهد از انجام تعهد خودداری کند، متعهدله می‌تواند از حاکم اجبار او را به انجام تعهد بخواهد، و هیچ‌یک از فقها منکر این امر نگردیده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۵۰۶).

از همین روست که برخی از فقهای متأخر «وجوب وفای به عهد را تکلیفی مؤکد می‌دانند که کسی منکر آن نیست»^۱ (موسوی بجنوردی، بی‌تا، ج ۳: ۳۶۷). با اینکه در لزوم وفای به شرط، هیچ تردیدی وجود ندارد، درباره ضمانت اجرای این الزام، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. به عبارت دیگر، در مورد تعهدات تبعی یا شروط ضمن عقد، در این مورد که آیا به محض امتناع متعهد از اجرای تعهد یا شرط، متعهدله یا مشروطله حق فسخ عقد را دارا می‌باشد یا خیر، بین فقها آرای مختلفی به شرح زیر وجود دارد:

۱- قابلیت فسخ: برخی از فقها معتقدند در صورتی که متعهد یا مشروط علیه، به تعهد یا شرط عمل ننماید، نمی‌توان او را به وفا و اتیان شرط اجبار کرد، زیرا اصل، عدم وجوب است و تنها اثر عدم انجام شرط این است که عقد در معرض فسخ و زوال قرار می‌گیرد و نتیجه شرط، تبدیل شدن عقد لازم به جایز بوده و بنابراین مشروطله می‌تواند عقد را فسخ کند، ولی در صورتی که عمل به شرط شود عقد لازم و غیرقابل فسخ می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۵۰۶ به بعد). این قول را شهید اول بیان نموده و مستند آن را نیز اصل قرار داده است، ولی شهید ثانی در مقام تفصیل قول شهید اول می‌گوید: «اصل نمی‌تواند دلیل محکمی بر این قول باشد زیرا در فرض وجود ادله نمی‌توان به آن تمسک جست» (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۵۰۷). منظور از معرضیت زوال در عبارت شهید، آن‌چنانکه برخی گفته‌اند: قابلیت فسخ است. در واقع شهید از فقیهانی است که در مورد اثر شرط، معتقد به وجوب وضعی محض (بدون اثر تکلیفی) است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۳۴ به بعد).

^۱ «ان وجوب الوفاء بالشروط تکلیفاً لم ينکره احدا».

۲- اجبار متعهد تا حد امکان: نظر مشهور فقها بر آن است که در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، به طور مطلق حق فسخ برای متعهدله به وجود نمی آید، بلکه وفای به عهد و شرط به دلیل افاده عام از عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» بر متعهد و مشروط علیه واجب است (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۱۹۱؛ علامه حلی، ۱۳۶۳، ج ۱: ۲۳۰؛ مامقانی، بی تا: ۲۳۴؛ خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۳: ۲۱۱؛ خوانساری، ۱۳۸۵، ج ۳: ۲۴۶؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۸۲ به بعد).

استدلال این فقیهان چنین است که آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر لزوم التزام طرفین به معامله دلالت دارد. بدین معنا که پس از تحقق عقد بیع، التزام طرفین به عقد واجب می گردد و نمی توانند آن را نقض کنند، مگر در جایی که دلیل خاصی وجود داشته باشد. لذا اگر حق مشروط له ایفا نگردد، حق او تضییع می شود.

از طرف دیگر، نباید مفاد عقد نقض گردد زیرا التزام به آن واجب است، و همچنین برای رسیدن به این حق، راه دیگری برای مشروط له وجود دارد که همان اجبار مشروط علیه بر ایفای شرط است. به عبارت دیگر، اجبار، عقد را از انحلال مصون می دارد و حتی الامکان به مفاد آیه که «وجوب وفاست» عمل می شود و مشروط له نیز به حق خود می رسد. لذا فسخ عقد جایز نیست، مگر در جایی که اجبار متعذر گردد. شیخ انصاری به عنوان یکی از طرفداران این نظر در باب شروط ضمن عقد می گوید:

به نظر ما در صورت تمکن اجبار، مستندی برای خیار وجود ندارد؛ زیرا مقتضای عقد مشروط عمل بر طبق شرط است خواه اختیاری باشد، خواه اجباری و قهری^۱ (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۷۱).

صاحب جوهر از این هم پیش تر رفته و می گوید:

اگر اجماع بر ثبوت خیار، در حال تعذر اجبار نبود، ممکن بود قائل شویم به اینکه اصلاً خیار ثابت نمی شود، زیرا اصل، لزوم قراردادهاست و از این اصل معلوم می شود که در مورد خیارات باید به قدر متیقن اکتفا کنیم (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۲۱۹).

در همین راستا، برخی در خصوص موضوع، قائل به تفصیل شده اند:

^۱ «ولا تعرف مستنداً للخيار مع التمکن من الاجبار؛ لما عرفت: من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً او قهراً».

حق این است که مشروطه، نمی‌تواند با تمکن اجبار، معامله را فسخ کند، چه اگر مدرک خیار، اجماع یا قاعده ضرر باشد، می‌توان گفت که قدر متیقن از اجماع، صورت تعدر اجبار است، یا اینکه با امکان اجبار، ضرری متوجه مشروطه نیست تا جیتی برای خیار باشد (گرجی، ۱۳۸۷: ۴۹).

اما در صورتی که مدرک خیار، مسأله تعلیق التزام به وفای به معامله بر شرط باشد به مجرد اینکه مشروطه‌علیه از عمل به شرط امتناع کند، مشروطه می‌تواند معامله را فسخ کند، اعم از آنکه بتواند او را بر عمل به شرط اجبار کند یا نتواند. همین، معنای صحت معامله به ضمیمه خیار تخلف شرط یا تخلف وصف است (گرجی، ۱۳۸۷: ۴۹ به بعد).

با توجه به دلایل یاد شده، نظر مشهور فقها بر آن است که: حق فسخ در طول حق الزام و اجبار به انجام عین تعهد است نه در عرض آن، یعنی اولویت با اجبار متعهد به اجرای عین تعهد است و فقط با تعدر از امکان اجبار است که حق فسخ برای متعهدله ایجاد می‌گردد. خلاصه آنکه نظریه ترتیبی بودن حق فسخ و حق اجبار همان‌گونه که برخی گفته‌اند:

در حقیقت پابند بودن حداکثر به اصل لزوم در عقود است. از اصل لزوم لدی‌الاقضاء باید به حداقل دست برداشت. دادن این فرصت به مشروطه که مشروطه‌علیه را به ایفای عهد اجبار کند، و مادام که چنین فرصتی وجود دارد اجازه فسخ معامله را ندهیم، عمل کردن تا حد میسر به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۲۴۷ به بعد).

این نظر، یعنی ترتیبی بودن حق اجبار و حق خیار با ضرورت‌ها، نیازها و مقتضیات جامعه امروزی، تطابق نداشته و از همین روست که بعضی با توجه به مبنای خیار که بنای عقلاست، به پذیرش هم عرض بودن اجبار و حق فسخ، نظر داده و اصرار بر ترتیب میان این دو را فاقد وجاهت منطقی دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۴۹؛ ۱۳۷۶: ۴۲). به دلیل اینکه وجود خیار، ناشی از قاعده لاضرر است و چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا، خود موجب ضرر مشروطه باشد. بنابراین، نمی‌توان حق خیار را قبل از مراجعه به حاکم از مشروطه سلب کرد. قانون مدنی راه حل دوم را که نظر مشهور بین فقیهان امامیه است به عنوان قاعده برگزیده، یعنی در مرحله نخست باید به اجبار متعهد پرداخت و در نهایت در فرض عدم امکان اجبار، جواز فسخ قرارداد محقق می‌شود. اما در فقه عامه عدم اجرای شرط و عقد، موجب پیدایش حق فسخ برای مشروطه می‌باشد و در صورت امتناع مشروطه‌علیه از انجام شرط، مشروطه بین اجبار و فسخ عقد مخیر است (جزیری، بی‌تا، ج ۲:

(۲۳۰).

۳- **تخیر بین الزام و فسخ:** بعضی دیگر از فقها معتقدند در صورتی که مشروط‌علیه عمل به شرط ننماید و تعهد خود را اجرا نکند، مشروط‌له بین فسخ و الزام متعهد، مخیر است. بنابراین، طبق این نظر، به مجرد امتناع مشروط‌علیه از وفای به شرط، مشروط‌له حق دارد معامله را فسخ کند و اختیار فسخ متوقف بر عدم تمکن اجبار مشروط‌علیه بر اجرای شرط نیست (علامه حلی، ب بی تا، ج ۱: ۴۹۲؛ الف بی تا، ج ۱ و ۲: ۱۸۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۹۱). در توجیه این نظر، چنین استدلال می‌کنند که پیدایش خیار فسخ، به سبب امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط یا تعهد است نه به جهت عدم امکان انجام تعهد ولو بالاجبار (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۳: ۲۶۹). لذا اگر متعهد به اختیار مورد تعهد را به اجرا نگذارد، موضوع خیار محقق گشته و همین امر سبب حق فسخ برای مشروط‌له می‌گردد. هم‌چنین در توجیه این اختیار گفته‌اند:

هیچ اشکالی ندارد که مشروط‌له در صورت امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط، مخیر بین اجبار به انجام شرط و فسخ عقد باشد؛ زیرا اولی مقتضای حق اوست، اما حق فسخ وی نیز بدین خاطر است که نزد عقلا با وجود تخلف، خیار ثابت می‌گردد، بدون اینکه ایجاد آن متوقف بر تعذر اجرای شرط باشد (موسوی خمینی، ۱۳۶۶، ج ۵: ۲۲۰).

در حقوق اسلامی نیز برخی از فقها، از جمله طباطبایی یزدی، بر اساس مسلک عرفی خود چنین مطرح می‌کند که اگر به عرف مراجعه کنیم درمی‌یابیم که بنای ایشان هنگام تخلف از شرط، عدم لزوم است، یعنی اینکه وقتی مشروط‌علیه از شرط تخلف کرده، مشروط‌له مخیر است به اینکه به لزوم عقد پایبند بوده، در صورت امکان، اجبار مشروط‌علیه را به انجام شرط بخواهد، یا اینکه ملتزم به عقد نباشد و آن را فسخ کند (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۲: ۱۲۹).

برخی دیگر از فقهای طرفدار این اختیار، وجود حق فسخ برای مشروط‌له در عرض اجبار و عدم توقف آن بر تعذر اجرای شرط را به این نحو تحلیل می‌کنند که مدرک و مستند خیار، تخلف از شرط ضمنی است که بر آن اعتماد شده است. به این معنا که چون مشروط‌له، الزامش را در عقد، به تعهد مشروط‌علیه به موجب شرط، معلق ساخته، حال که مشروط‌علیه به این شرط عمل ننموده و در واقع از این شرط ضمنی تخلف شده، لذا مشروط‌له می‌تواند با تمکن از اجبار نیز عقد را فسخ کند (خویی، ۱۳۶۸، ج ۷: ۳۷۴). پس این گروه از فقها معتقدند که فقدان شرط، باعث ضرر

است و جبران آن از دو طریق موازی قابل تدارک است که هیچ کدام بر دیگری رجحان ندارد. در نتیجه، کسی که شرط به سود او شده است، اختیار دارد که فسخ عقد یا اجبار به اجرای شرط را برگزیند. به نظر این عده از فقها حق فسخ و اجبار در عرض هم قرار دارند.

نظر و رویکرد این گروه از فقها مبنی بر تخییر بین اجبار و فسخ از ناحیه متعهدله به هنگام نقض قرارداد از ناحیه متعهد، با ضرورت‌ها، نیازها و واقعیات اجتماعی سازگارتر است و بیش تر حافظ نظم اجتماعی و حقوق افراد می‌باشد که البته این تأثیر مورد توجه برخی از حقوق دانان قرار گرفته است (امامی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۵۰۷ به بعد؛ کیایی، ۱۳۷۶: ۲۴۵).

باید توجه داشت که پذیرش نظر و رویکرد این گروه از فقها در موضوع مورد بحث با نظام‌های پیشرفته حقوقی و اسناد بین‌المللی که برآیند مطالعات تطبیقی گسترده در حقوق داخلی کشورهاست، انطباق دارد.

۲- اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران

اصل لزوم یا اجباری بودن قرارداد، از حیث مبانی فلسفی در حقوق ایران، دارای مبنای اخلاقی و مذهبی است، زیرا اخلاق و مذهب، مردم را به اجرای تعهد و وفای به عهد امر می‌کند. خلف وعده از نظر اخلاقی و مذهبی مذموم بلکه گناه است. هم‌چنین، اصل مزبور دارای مبنا و خاستگاهی تحلیلی و عقلایی است که از ضروریات زندگی معاملاتی جامعه ریشه گرفته و برای عقود ثابت شده است و جامعه حاکمیت آن را در روابط معاملاتی لازم می‌بیند. از همین روست که برخی اصل اجباری بودن قرارداد را موافق مصلحت جامعه دانسته و گفته‌اند:

مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که معاملات و روابط اقتصادی افراد استحکام و ثبات داشته باشد. اگر هرکسی دلخواهانه از زیر بار تعهدات خویش شانه خالی کند و قراردادهایی را که با دیگران بسته است یک جانبه نقض نماید، روابط اجتماعی مختل خواهد شد و نظم جامعه بر هم خواهد خورد (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۵۶؛ شهیدی، ۱۳۷۹: ۲۷۳ به بعد؛ ۱۳۸۲: ۲۷ به بعد).

به موجب اصل لزوم قراردادهای، که یکی از اصول مسلّم حقوقی در غالب نظام‌های حقوقی جهان معاصر از جمله نظام حقوقی ایران است، قراردادهای منعقد شده میان طرفین و قائم مقام آنان لازم‌الاتباع است و در صورت خودداری هر یک از طرفین از اجرای تعهدات خویش، جز در مواردی که به نحو

دیگری توافق شده باشد، طرف مقابل حق دارد علاوه بر مطالبه خسارت ناشی از تأخیر، الزام وی را به اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، اعم از مادی یا حقوقی، بخواهد. اصلی که به روشنی یا به طور ضمنی در مواد متعدد قانون مدنی از جمله، مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۶، ۲۳۷، ۲۳۸، ۳۷۶، ۴۷۶ و ۵۳۴، تأیید شده و متضمن این معناست که در حقوق ایران هنگام امتناع متعهد از وفای به عهد، اجرای عین قرارداد، بر طریق دیگری جبران نقض آن، یعنی فسخ ترجیح دارد، و دادگاه‌ها ملزمند به تقاضای متعهدله، متعهد را وادار به انجام عین تعهد نمایند.

توضیح آنکه در حقوق ایران، اجرای عین تعهد که منظور اصلی متعاقدين از انعقاد قرارداد می‌باشد با توسل به شیوه اجبار به انجام عین تعهد مورد حمایت قرار گرفته است. از طرفی، تأثیر فقه اسلامی و نظر مشهور فقها بر این سیستم، باعث شدت کاربرد این روش گردیده است؛ به نحوی که شیوه اجبار به انجام عین تعهد در صورت امکان، چاره اولیه و انحصاری مقابله با نقض تعهد به حساب می‌آید؛ چرا که قانون مدنی، اصل لزوم عقد و قاعده التزام به مفاد آن را مورد پذیرش قرار داده است. مطابق اصل لزوم عقود و قراردادها، تعهدات متقابل جز به تراضی از بین نمی‌رود و فسخ، راه حلی استثنایی است. ماده ۲۱۹ قانون مدنی در این خصوص چنین مقرر می‌دارد:

عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

مطابق قاعده التزام، تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد به مفاد آن امکان‌پذیر باشد، دلیل موجهی برای فسخ عقد وجود ندارد. ماده ۲۲۰ قانون مدنی در این مورد چنین بیان می‌دارد:

عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند.

با جمع‌بندی مواد فوق، می‌توان نتیجه گرفت که ضمانت اجرای طبیعی تخلف از وفای به عهد، الزام متخلف است نه فسخ عقد، هر چند در جایی که اجرای مفاد عقد به هیچ طریق قانونی قابل اجبار نباشد، چاره‌ای جز فسخ عقد و اخذ خسارت باقی نمی‌ماند.

در حقوق ایران، قاعده کلی اجبار به انجام عین تعهد، در مورد شروط ضمن عقد در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی و در مورد تعهدات اصلی، در مواد ۳۷۶ و ۴۷۶ قانون موصوف مورد پذیرش

قرار گرفته است. ماده ۳۷۶ در این مورد چنین بیان می‌دارد: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود.» این ماده اختصاص به بیع ندارد، و در تمام قراردادهای معوض جاری است. علت ذکر آن در عقد بیع این است که چون در فقه بحث مستقلی تحت عنوان قواعد عمومی قراردادها وجود نداشت و قسمت عمده قواعد مربوط به اجبار، در مبحث شروط و هم‌چنین در بیع و اجاره، به عنوان مهم‌ترین مصادیق عقود معوض مطرح گردیده، و فقها قواعد مزبور را از باب غلبه در مبحث بیع مطرح کرده‌اند، قانون مدنی ما نیز به تبعیت از فقه، در بعضی از موارد، این ترتیب را رعایت نموده و تعدادی از قواعد عمومی را در عقد بیع آورده است. شعبه ششم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۱۰۸-۱۳۲۷/۷/۱۴ در خصوص ماده موصوف بیان داشته است:

تأخیر در تسلیم مبیع موجب حق فسخ یا انفساخ معامله نیست تا خریدار بتواند بدواً مطالبه ثمن نماید بلکه فروشنده الزام به تسلیم می‌گردد، چنانچه الزام ممکن نشد، حق فسخ حاصل خواهد شد (نیک‌فر، ۱۳۷۱: ۹۱).

ماده ۴۹۶ قانون مدنی نیز در مورد امتناع موجد از تسلیم عین مستأجره بیان می‌دارد:

موجد باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع، موجد اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار، مستأجر خیار فسخ دارد.

ماده موصوف نیز امکان فسخ اجاره در صورت امتناع موجد از تسلیم عین مستأجره را صرفاً در صورت تعذر اجبار موجد می‌داند.

علاوه بر مواد ۳۷۶ و ۴۷۶ قانون مدنی که در مورد پذیرش قاعده کلی اجبار به انجام عین تعهد، درباره تعهدات اصلی است. مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در مورد پذیرش قاعده کلی اجبار به انجام عین تعهد، در مورد شروط ضمن عقد، چنین مقرر می‌دارند. در ماده ۲۳۷ آمده است:

هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به‌جا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید.

ماده ۲۳۸ در تکمیل این ماده مقرر می‌دارد:

هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام

آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملترزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

بنابر ماده ۲۳۹:

هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

شعبه یکم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۳۸۷-۱۳۱۶/۶/۱۵ در راستای همین قاعده اجبار بیان داشته است:

اصولاً طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی با فرض اینکه ثابت شود مدعی‌علیه تخلف از شرط کرده است بدو بایستی اجبار او بر وفای به شرط تقاضا شود و مادام که تعذر به اجبار معلوم نباشد برای مدعی حق فسخ نخواهد بود (نیکفر، ۱۳۷۱: ۶۴).

در نتیجه در حقوق ایران، قانون‌گذار به تبعیت از نظریه مشهور در فقه، هم در تعهدات اصلی (ماده ۴۷۶) و هم در تعهدات تبعی یا شروط ضمن عقد (ماده ۲۳۷) نظریه ترتیب را پذیرفته و حق فسخ را متأخر بر حق اجبار، و اعمال آن را منوط به تعذر اجبار متعهد دانسته است. پرسشی که در این قسمت باید بدان پاسخ گفت این است که آیا متعهدله می‌تواند به استناد امتناع طرف قرارداد از وفای به عهد، و قبل از مراجعه به دادگاه و درخواست اجبار، عقد را فسخ کند؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان از قواعد عمومی قراردادها استنباط کرد که در عقود معوض، در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، متعهدله حق فسخ عقد را دارد یا خیر؟ شاید بتوان برای اثبات وجود خيار فسخ گفت که:

در قراردادهای معوض، معامله بر مبنای این شرط ضمنی قرار می‌گیرد که هر متعهد به هنگامی که وفای به عهد کند و دو تعهد با هم مبادله شود، پس اگر یکی از دو طرف از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد، طرف دیگر به استناد خيار تخلف شرط ضمنی حق فسخ عقد را دارد. به اضافه تکلیف اخلاقی مربوط به احترام به عقد و پیمان مشروط بر این است که طرف قرارداد نیز خود را پایبند به آن ببیند، در موردی که طرف قرارداد از اجرای آن خودداری می‌کند، برای دیگری تکلیفی باقی نمی‌ماند (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۵؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۷۷ به بعد).

در فقه امامیه نیز برخی از فقها در توجیه امکان فسخ معامله در صورت تخلف مشروطاً علیه از انجام شرط، به این شرط ضمنی تمسک جسته و آن را مدرک جعل خیار فسخ قرار داده‌اند (خویی، ۱۳۶۸، ج ۷: ۳۷۴). در همین راستا، برخی معتقدند که مبنای بسیاری از مواد قانون مدنی می‌تواند شرط ضمنی باشد و با این نظریه می‌توان دیدگاه‌های حقوقی فراوانی را توجیه کرد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۹۵).

در نفی استدلال فوق گفته شده است که خیار شرط ضمنی در صورت تخلف از وفای به عهد، توهم و خیال‌پردازی است، چرا که دو طرف به هنگام تراضی بنای خویش را بر وفای به عهد و التزام به پیمان و رعایت حسن نیت می‌نهند و به طور معمول به نقض عهد و امکان فسخ آن نمی‌اندیشند (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۶)، مگر اینکه اراده چنین حق فسخی، استثنائاً در قراردادی محقق شود که این وضعیت را نمی‌توان در حالت عادی قراردادها محرز دانست (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۷۸). بر فرض هم که چنین شرط ضمنی پذیرفته شود، امکان فسخ عقد را توجیه نمی‌کند، زیرا هر چه باشد قوی‌تر از شرط صریح مذکور در ماده ۲۳۹ نیست که در قانون ضمانت اجرای نخستین آن، اجبار ملتزم است نه فسخ قرارداد (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۶). مضافاً بر اینکه در حقوق ایران، اصل لزوم قراردادها حاکمیتی بلامنازع دارد و این اصل هم در مقام تردید میان لزوم و جواز عقد حکومت می‌کند، و هم در آنجا که وجود یا عدم حق فسخ مورد تردید است، حکم بر فقدان حق فسخ می‌دهد (کاتوزیان، ب ۱۳۷۶، ج ۵: ۵۵ به بعد؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۴۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۲: ۸۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۳۶). به نظر این دسته از حقوق‌دانان، از یک طرف، عقد لازم جز در موارد استثنایی قابل فسخ نیست و از طرفی دیگر، خودداری یکی از دو طرف از اجرای قرارداد در قانون، مجوز فسخ قرارداد معرفی نشده است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۷۸؛ صفایی، ۱۳۸۲: ۳۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۲۵۴). در نتیجه، طرفی که با خودداری طرف دیگر قرارداد روبرو می‌شود نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند، و تنها باید در پی اجرای قرارداد و درخواست جبران خسارت ناشی از تأخیر باشد، چرا که خیار فسخ راه‌حلی استثنایی است که به عنوان «بد ضروری» مورد استفاده قرار می‌گیرد. جبران ضرر هنگامی ضرورت می‌یابد که اجرای تعهد متقابل، ممکن نباشد و تعادل قراردادی بر هم بخورد، ولی تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد امکان دارد، این ضرورت احساس نمی‌شود و پیوند میان تعهدهای متقابل نیز صرفاً این نتیجه را در بردارد که با از بین رفتن موضوع یکی از دو تعهد، طرف مقابل نیز از قید التزام رها می‌شود و تعذر اجرای عقد به او حق فسخ می‌دهد. پس، ضمانت اجرای طبیعی تخلف از

وفای به عهد الزام متخلف است نه فسخ عقد (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۷-۲۶۶).

مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ به وضوح مؤید نظر اخیر است. هر چند ممکن است از کلمه «می تواند» مذکور در ماده ۲۳۷ قانون مدنی، چنین استنباط شود که مشروطه در رجوع به حاکم اجباری نداشته و می تواند معامله را بدون مراجعه به حاکم فسخ کند، ولی روشن است که این استدلال قوی نیست؛ زیرا اختیاری که به موجب ماده ۲۳۷ قانون مدنی نسبت به امکان رجوع به حاکم به مشروطه داده شده است، اختیاری نیست که نقطه مقابل آن حق فسخ باشد؛ یعنی مقصود ماده این نیست که مشروطه بین رجوع به حاکم و اخذ به خیار، مختار باشد، بلکه نقطه مقابل اختیار مشروطه، صرف نظر کردن از انجام فعل مشروط است (عدل، ۱۳۷۳: ۲۵۵).

از مجموع مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۳۷۶، ۴۷۶ قانون مدنی مستفاد می شود که در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، اجبار به انجام عین تعهد، به عنوان راه حل اولیه و قاعده پذیرفته شده است، و طلبکار در صورتی حق فسخ دارد که اجبار متعهد به انجام تعهد مقدور نبوده، و موضوع تعهد نیز از جمله اعمالی نباشد که کسی دیگر بتواند آن را انجام دهد.

مطلب دیگری که باید بدان توجه داشت این است که در نظام حقوقی ما پرداخت خسارت ضمانت اجرای دیگری است که در صورت نقض تعهد و وقوع ضرر طلبکار می تواند از مدیون مطالبه نماید، این حق یعنی مطالبه خسارت یک حق مستقل است و با سایر طرق جبران خسارت به ویژه اجرای عین تعهد یا فسخ قرارداد قابل جمع می باشد و دلیل کافی بر تقدم اجرای عین قرارداد بر مطالبه خسارت در نظام حقوقی ما وجود ندارد.

از منظر حقوق تطبیقی در حقوق فرانسه، هرگاه یکی از طرفین در قرارداد معوض، از اجرای تعهد امتناع کند، طرف دیگر می تواند بر این مبنا، فسخ عقد را از دادگاه بخواهد، حکم به فسخ توسط دادگاه صورت می گیرد و دادرس می تواند درخواست فسخ را بپذیرد یا رد کند (ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه)، در حقوق مزبور، اجبار به انجام عین تعهد، اولویتی بر شیوه های دیگر ندارد؛ یعنی این با متعهدله است که هر یک از دو شیوه اجبار به انجام عین تعهد، یا فسخ عقد و مطالبه خسارت را به دلخواه انتخاب کند. پس در حقوق فرانسه قاعده اجبار پذیرفته شده ولی موازی با سایر ضمانت اجرای نقض تعهدات (فسخ عقد و جبران خسارت) است، و در این نظام حقوقی نیز حق اجبار و فسخ در طول یکدیگر نیستند، بلکه نقض تعهد از طرف متعهد، به طلبکار این حق را می دهد که یا از دادگاه اجبار او را به اجرای تعهد بخواهد، و یا عقد را فسخ و مطالبه خسارت کند

(جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۲۰۴).

در نظام حقوقی کامن‌لا، متعهدله می‌تواند به صرف امتناع متعهد از وفای به عهد، عقد را فسخ و مطالبه خسارت کند. با توجه به اینکه در این نظام، اجرای عین تعهد امری استثنایی بوده و قاعده این است که متعهدله در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، صرفاً به دریافت خسارت اکتفا کند، لذا این راه حل امری بسیار طبیعی و منطقی است. حتی در نظام مزبور، رد تعهد ناشی از قرارداد هم سبب می‌شود که طرف دیگر قرارداد بتواند عقد را فسخ و مطالبه خسارت کند (Padfield, 1989: 170). بدین معنا که چنانچه یکی از طرفین قرارداد، قبل از موعد انجام تعهد به طرف دیگر، صریحاً اعلام کند که وی دیگر قصد ندارد تعهد خویش را اجرا کند، طرف مقابل می‌تواند این امر را نقض قرارداد تلقی کرده و عقد را فسخ نماید. البته او می‌تواند این اعلام طرف را بی‌اثر انگاشته و تا فرارسیدن موعد انجام تعهد، صبر کند؛ در این صورت، طرف مقابل مسئول تمام نتایج ناشی از عدم اجرای عقد خواهد بود (Smith and Thomas, 1992: 551).

بنابراین در حقوق انگلیس به عنوان نمونه بارز نظام کامن‌لا، الزام متعهد متخلف، به اجرای عین تعهد قراردادی جز در موارد استثنایی مانند تعهد به پرداخت مبلغی پول یا مواردی که جبران خسارت کافی نباشد تجویز نشده است.

در صورت تخلف، متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به جبران ضرر و زیان ناشی از تخلف از انجام تعهد کند که این روش عادی برخورد با متعهد متخلف است.

(Cheshire and Fumston, 1986: 579; Guest, 1975: 491; Treitel, 1984: 338)

نقض قرارداد در حقوق انگلیس در صورتی موجب ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر می‌گردد که جنبه اساسی داشته باشد. در حالی که در حقوق مصر، مطابق مواد ۱۱۷، ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون مدنی مصر، در صورت خودداری مدیون از انجام تعهدش، طلبکار می‌تواند علاوه بر الزام به اجرای عین تعهد قراردادی، قرارداد را فسخ یا مطالبه خسارت نماید (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۶۷۸).

حقوق دانان مصری این قاعده را مبتنی بر «عدالت» و «نظریه سبب» می‌دانند. به نظر ایشان عادلانه نیست که یکی از طرفین تعهدش را انجام ندهد، و با این حال، طرف دیگر مجبور باشد به تعهد خود پایبند بماند. بنابراین انصاف حکم می‌کند که متعهدله بتواند با فسخ عقد خود را از این قید رها کند. از طرفی دیگر، می‌گویند سبب تعهد هر یک از طرف‌های قرارداد، اجرای تعهد طرف دیگر است. بنابراین، در صورت عدم اجرای تعهد هر طرف، تعهد طرف دیگر بدون سبب و در نتیجه باطل می‌گردد و با اعمال فسخ راه برای رسیدن به این نتیجه منطقی باز می‌شود (سنه‌وری، الف ۱۹۵۸، ج ۱: ۸۵).

۶۹۶-۶۹۵). البته این فسخ با شرایط زیر امکان‌پذیر است:

اولاً: حق فسخ در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، فقط در عقودی که برای هر دو طرف، تعهدات متقابل داشته باشد اجرا می‌شود؛ زیرا همان‌طور که گفته شد حق فسخ در این صورت مبتنی بر نظریه ارتباط متقابل بین تعهدات است و این نظریه در عقودی که فقط یک طرف در آن متعهد است، مانند هبه غیر معوض یا ودیعه، قابل اجرا نیست؛ زیرا در این عقود، در صورتی که متعهد تعهد خود را اجرا نکند، برای طرف دیگر هیچ مصلحت و فایده‌ای از طلب فسخ، وجود ندارد. پس باید عقد معوض باشد.

ثانیاً: عدم اجرای تعهد باید مربوط به یک علت خارجی نباشد، بلکه متعهد به میل خود تعهد را اجرا نکند.

ثالثاً: متعهدله آماده انجام تعهد قراردادی خویش باشد.

با جمع شدن شرایط فوق، متعهدله می‌تواند از دادگاه، صدور حکم به فسخ عقد یا اجبار متعهد به اجرای تعهد را درخواست کند (سنه‌وری، ب ۱۹۵۸، ج ۶: ۲۱۷). یعنی متعهدله قبل از اینکه حکم فسخ صادر شود با شرایط زیر می‌تواند تقاضای اجبار به اجرای تعهد را درخواست نماید:

۱- اجبار به اجرای عین تعهد ممکن باشد.

۲- متعهدله قبلاً اجرای تعهد را از متعهد، مطالبه کرده باشد.

۳- اجبار به اجرای تعهد، اجحاف به متعهد نباشد، به این معنی که اگر گرفتن بدل یا خسارت، ضرر زیادی برای متعهدله نداشته باشد، دادگاه به جای دستور پرداخت و اجرای عین تعهد، دستور پرداخت بدل یا خسارت را صادر می‌نماید.

ماده ۲۰۳ قانون مدنی مصر در این مورد مقرر می‌دارد:

مدیون بعد از مطالبه، طبق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰، به اجرای عین تعهد خویش در

صورتی که ممکن باشد مجبور می‌شود (سنه‌وری، ب ۱۹۵۸، ج ۲: ۷۵۸).

پس در حقوق مصر نیز برخلاف حقوق ایران، در صورت عدم اجرای تعهد، متعهدله مخیر است ممتنع را به وسیله دادگاه به اجرای تعهد اجبار نماید و یا فسخ عقد را از دادگاه تقاضا نماید.

بنابراین، متعهدله بین فسخ و مطالبه اجبار متعهد، مختار است (محمصانی، ۱۳۴۷، ج ۲: ۲۳۲).

در قلمرو اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز به هنگام نقض قرارداد از ناحیه متعهد، درخواست اجرای اجباری عین تعهد برای

متعهدله جنبه اختیاری دارد نه الزامی. در حالی که در حقوق ایران حتی اگر متعهدله مایل به فسخ قرارداد باشد باید ابتدا اجرای اجباری عین تعهد را درخواست کند و در صورت عدم امکان اجبار متعهد، به عنوان آخرین چاره به ضمانت اجرای فسخ متوسل شود (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۲۴ به بعد؛ اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۲۶۱). این در حالی است که پذیرش رویکرد اقلیت فقها، مبنی بر تخییر بین اجبار و فسخ از ناحیه متعهدله به هنگام نقض قرارداد از ناحیه متعهد، ما را به نظام‌های پیشرفته حقوقی و اسناد بین‌المللی که برآیند مطالعات تطبیقی گسترده در حقوق داخلی کشورهاست، نزدیک می‌کند.

۳- تعدیل قاعده

امروزه در اکثر نظام‌های حقوقی جهان، به متعهدله حق داده شده است که در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، پاره‌ای شرایط عقد را بر هم زده و مطالبه خسارت نماید، و لزومی ندارد که ابتدا اجبار متعهد به انجام تعهد را از دادگاه بخواهد و در صورتی که اجبار ممکن نشد، عقد را فسخ کند.

آنچه مسلّم می‌نماید این است که در نظام حقوقی ما، تحمیل شرایطی که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی ذکر شده به متعهدله، برای آنکه بتواند قرارداد را فسخ کند و بدتر از آن، منحصر دانستن اختیار متعهدله به اجبار متعهد و دریافت خسارت تأخیر از او، با مقتضیات جامعه امروزی مطابقت ندارد.

به عبارت دیگر، راه حل اتخاذی در حقوق ایران از این حیث که به طلبکار اجازه نمی‌دهد در صورت تخلف طرف دیگر، خود را از قید تعهدات ناشی از عقد برهاند و وی را مجبور می‌سازد که الزاماً به دادگاه مراجعه کرده و درگیر جریان نسبتاً پیچیده و طولانی دادرسی گردد، برخلاف آزادی طلبکار، و در نتیجه، راه حلی خشک و انعطاف‌ناپذیر است و با شرایط زمان و لزوم رعایت سرعت که لازمه زندگی پرشتاب امروزی است، سازگار به نظر نمی‌رسد. علاوه بر آن، ناچار ساختن متعهدله به اینکه ضمن التزام به مفاد عقد، بدو تقاضای اجبار متعهد را از دادگاه بنماید و در صورتی که اجبار او مقدور نبوده، به هزینه او و توسط شخصی دیگر، تعهد را انجام دهد و پس از طی کردن این مراحل و بی‌نتیجه ماندن آنها، در آخرین مرحله از حق فسخ برخوردار شود، تحمیلی ناروا و غیرعادلانه است. به همین جهت باید تا آنجا که ممکن است نسبت به تعدیل این قاعده از طرق و راه‌های قانونی کوشید.

در این قسمت راهکاری را که ممکن است جهت تعدیل قاعده مورد استفاده قرار گیرد، مورد بحث قرار می‌دهیم.

اعطای حق فسخ به استناد قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج

همان‌طور که در نظام حقوقی ایران گفته شد، به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه ضمانت اجرای نخستین نقض تعهد، اجبار متعهد به انجام عین تعهد است و فقط در صورت تعذر از اجبار است که جبران‌های دیگر نظیر فسخ، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

در حقوق اسلامی، علاوه بر احکام فقهی، قواعد و مقرراتی وجود دارد که می‌تواند حکمی غیر از احکام اولیه را به اجرا گذارد، از جمله این قواعد، دو قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» و «لاضرر» است که قادر هستند وجوب وفای به عهد را در تعهدات قراردادی، که یکی از احکام تکلیفی است به سبب مشقت زیاد، و یا ضرری بودن، تعدیل نموده و آن را به پرداخت خسارت یا فسخ عقد تبدیل نمایند.

توضیح آنکه نظر مشهور در فقه و راه حل پذیرفته شده در حقوق ایران به هنگامی که متعهد از اجرای تعهد خویش امتناع می‌ورزد، چه بسا مستلزم عسر و حرج و احیاناً ضرری است که بر متعهدله در این گونه موارد تحمیل می‌شود. اینکه شخص متعهدله در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد نتواند خود را از قید التزام ناشی از عقد برهاند و مجبور باشد برای اجبار متعهد به انجام عین تعهد، به دادگاه مراجعه نموده و درگیر مسائل پیچیده و دشوار و مشکلات ناشی از آیین دادرسی گردد، سبب محدودیت آزادی وی گشته و مشقتی را بر وی تحمیل می‌نماید که عرفاً قابل تحمل نیست. این امر به ویژه هنگامی محسوس‌تر است که وضعیت محاکم را در رسیدگی به پرونده‌ها، ملحوظ نظر قرار دهیم. تراکم پرونده‌ها و اطاله دادرسی و صبر و انتظار ناشی از آن، متعهدله را در وضعیت نامطلوبی قرار می‌دهد و عسر و حرجی بر وی وارد می‌آورد که به استناد قاعده لاضرر^۱ باید آن را نفی کرد. مقصود از این قاعده این است که چنانچه در انجام تکالیف یا هر حکمی از احکام، بیش از آن مقدار که لازمه ذات تکلیف است حرج و مشقتی وجود داشته باشد، قاعده نفی عسر و حرج آن تکلیف را از بین می‌برد.

^۱ برای مطالعه بیش‌تر در مورد مفهوم و مبانی و مفاد قاعده (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۷۲ به بعد؛ محقق داماد، ۱۳۷۶: ۹۰ به بعد؛ محمدی، ۱۳۷۴: ۲۱۳ به بعد).

(گر جی، ۱۳۸۵: ۵۷). در تأیید این قاعده گفته شده است که:

به حکم عقل، تکلیف بایستی در خور توان شخص باشد نه خارج از طاقت او؛ چرا که سخت‌گیری بیهوده واکنشی نامطلوب به وجود می‌آورد. انگیزه مخالفت با قانون و مقاومت در برابر آن را تقویت می‌کند و اشخاص را به گناه و عصیان وا می‌دارد. پس وظیفه هدایت قانون‌گذار ایجاب می‌کند که نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمره احکام نیاورد، بلکه به شدت و سخت‌گیری هم نپردازد (کاتوزیان، ب ۱۳۷۶، ج ۱: ۵۴۷).

بر این اساس، از آنجا که ندادن حق فسخ به متعهده و لزوم مراجعه به دادگاه جهت اجرای عقد با توجه به مسائل و تبعات احتمالی ناشی از آن، موجب حرج و مشقتی بر متعهده می‌گردد که عرفاً قابل تحمل نیست، لذا حکم مزبور برداشته شده و متعهده می‌تواند به محض امتناع از اجرای عقد و احراز تخلف، عقد را بر هم زند. البته بدیهی است که وی می‌تواند از این حق خویش بگذرد و عسر و حرج مزبور را بنا به دلایلی که به نفع خویش می‌بیند، بپذیرد و اجرای اجباری عقد را بخواهد. بنابراین آنچه گذشت، نتیجه اعمال قاعده نفی عسر و حرج، آن‌چنانکه برخی گفته‌اند:

زوال وصف لزوم قرارداد لازم‌الاجرا و امکان فسخ قرارداد و رهایی از مشقت ناشی از لزوم آن است (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۹۲).

البته شاید سنگینی و اقتدار قواعد عمومی قراردادها باعث شود که قضات از به کار بردن ملاک مذکور جهت امتناع از صدور حکم اجبار به اجرای عین تعهد به خود تردید راه دهند؛ اما به هر حال، نیازها و ضرورت‌ها همیشه در تغییر و تعدیل قواعد عمومی مؤثر بوده و قواعد عمومی را مغلوب خود ساخته‌اند.

قانون‌گذار ایران نیز با تمام شدتی که برای قاعده عمومی اجبار قائل بوده، سرانجام تسلیم قاعده عسر و حرج شده و برای مثال در سال ۱۳۶۲ عسر و حرج را در محل‌های مسکونی، مانع از اجرای حکم تخلیه که در واقع اجبار به انجام و اجرای تعهد است، شناخته و در ماده ۹ قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۶۲/۱۲/۱۳ مقرر می‌دارد:

در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجه نباشد می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار دهد.

از لحاظ قاعده لاضرر^۱ نیز اعطای حق فسخ منطقی به نظر می‌رسد، در حقوق اسلامی نیز یکی از فقها به طور ضمنی به این عقیده اشاره کرده و می‌گوید از عبارات بعضی از فقها چنین استفاده می‌شود که مشروط‌له در این گونه موارد حق دارد معامله را فسخ نماید، زیرا در غیر این صورت وی باید نزد حاکم شکایت برده و منتظر صدور حکم بماند و اموری نظیر آن، که انجام آن به استناد قاعده لاضرر بر وی واجب نیست (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۲۱۹).

برخی دیگر از فقها، در این خصوص، چنین استدلال می‌کنند که منشأ ضرر در لزوم عقد، وقتی که مشروط‌علیه از انجام شرط امتناع می‌ورزد، عدم ایجاد شرط است و این ضرر به مجرد امکان اجبار مشروط‌علیه توسط مشروط‌له رفع نمی‌شود. هنگامی که مشروط‌له از مشروط‌علیه مطالبه وفای به شرط را می‌کند ولی او امتناع می‌ورزد، لزوم عقد در این زمان ضرری است و باید طبق مفاد «اصل لاضرر» مرتفع شود و امکان اجبار مشروط‌علیه در حکم قوه امکان رفع ضرر است، نه اینکه ضرر را رفع کند. پس باید فسخ در عرض اجبار باشد تا ضرری از باب لزوم عقد به مشروط‌له متوجه نشود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۹۱).

در تأیید این نظریه می‌توان گفت که وجود خیار، ناشی از قاعده لاضرر است و چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا، خود موجب ضرر مشروط‌له باشد. بنابراین نمی‌توان حق خیار را قبل از مراجعه به حاکم از مشروط‌له سلب کرد، بنابراین ادامه لزوم عقد برای مشروط‌لهی که حق او تأمین نگشته، یک امر ضرری است و موضوع آن از موارد اجرای قاعده لاضرر است. به موجب این قاعده، حکم ضرری که لزوم عقد است رفع می‌شود و عقد لازم به عقد جایز تبدیل می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۴۹؛ ۱۳۷۶: ۴۱؛ ۱۳۷۳: ۱۸۹ به بعد).

مضافاً بر اینکه وقتی طرفین می‌توانند در هر قراردادی چنین شرطی را برای یکدیگر بگنجانند و هیچ مانعی در این راه وجود ندارد، اگر قانون‌گذار نیز این امر را بپذیرد مشکلی ایجاد نمی‌گردد. هم‌چنان که در اکثر نظام‌های حقوقی این امر پیش‌بینی گردیده و در عین حال ثبات و امنیت قراردادها هم کماکان به عنوان اصلی مستحکم و معتبر و مصلحتی غیرقابل انکار باقی مانده است. تعدیل قاعده اجبار به استناد دو قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج، در واقع پیشنهادی برای

^۱ برای مطالعه بیش‌تر در مورد مفهوم و مبانی و مفاد قاعده (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۸۸ به بعد؛ محمدی، ۱۳۷۴: ۱۶۹ به بعد).

فراهم نمودن زمینه تجدیدنظر در عقیده مشهور فقها و قانون مدنی ایران است.

نتیجه گیری

اگر در جوامع بسیط گذشته طی کردن مراحل اجبار متعهد، امری سهل و آسان می نمود، در جامعه پیچیده امروز که روابط و مبادلات اقتصادی، اقتضای سرعت و مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات در بازده زمانی کمتر را دارد، تحمیل شرایطی که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی ذکر شده به متعهدله برای آنکه بتواند قرارداد را فسخ کند و بدتر از آن، منحصر دانستن اختیار متعهدله به اجبار متعهد و دریافت خسارت تأخیر از او، علاوه بر اینکه با مقتضیات جامعه امروزی تطابق ندارد، تحمیلی ناروا و غیرعادلانه است؛ چرا که ناچار ساختن متعهدله به اینکه ضمن التزام به مفاد قرارداد، بدو تقاضای اجبار به انجام عین تعهد را از دادگاه نموده و مسیر سنگلاخی آن را پیماید، با توجه به مشکلات عملی مربوط به اجرای اجباری و مراجعه به محاکم از قبیل طرح دعوا بر طبق آیین دادرسی مدنی و اطالۀ دادرسی ناشی از کثرت دعاوی اقامه شده در محاکم، حکمی است ضروری که موجبات ضرر و عسر و حرج متعهدله را فراهم می نماید در حالی که عدالت ایجاب می کند که از دو طرف تعهد یکسان حمایت شود.

با توجه به جهات موصوف، به نظر می رسد که انحصاری و مطلق تلقی نمودن شیوۀ اولیۀ مقابله با نقض قرارداد از طریق «اجرای اجباری عین تعهد تا حد امکان» با توجه به تغییر مبانی قانونی و شرایط اقتصادی و اجتماعی، پاسخ گوی ضرورتها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه نیست، در حالی که روشن بینی در آن است که اقتضای زمانه درک شود و مصالح و مفاسد نیز در وضع و تفسیر و اجرای قواعد حقوق نقش مهم داشته باشد، چرا که حقوق مجموع قواعد زندگی در اجتماع است و نمی تواند از نیازها و ضرورت های این زندگی دور بماند.

بر همین اساس، به نظر می رسد نظام حقوقی ما در زمینه ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد، باید در جهت هم سویی و هماهنگی با اسناد بین المللی و نظام های پیشرفته حقوقی جهان معاصر گام برداشته و هم عرض بودن مکانیسم های مقابله با نقض قرارداد «فسخ و اجرای اجباری عین تعهد» را بپذیرد. روش دستیابی به این مهم در نظام حقوقی ما، اختیاری نمودن «اجرای اجباری عین تعهد» از ناحیه متعهدله است. بدین ترتیب که متعهدله در انتخاب شیوۀ مناسب برای مقابله با نقض قرارداد آزاد باشد تا بتواند با در نظر گرفتن مصلحت خویش، روشی را که مقرون به صرفه، مطمئن تر و در

عین حال منافع وی را بهتر تأمین می کند، انتخاب نماید.

منابع

- اخلاقی، بهروز و فرهاد امام. (۱۳۸۵)، *اصول قراردادهای تجاری بین المللی*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوق شهر دانش، چاپ دوم.
- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ ق.). *حاشیه بر مکاسب*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۸) *حقوق مدنی*، تهران: اسلامی، چاپ بیستم.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۷۷) *مکاسب*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ هفتم.
- بحر العلوم، محمدبن محمدتقی. (۱۴۰۳ ق.). *باغ الفقیه*، قم: منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم.
- جزیری، عبدالرحمان. (بی تا) *الفقه علی المذاهب الأربعة*، بیروت: دارالفکر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۳) *حقوق تعهدات*، تهران: دانشگاه تهران.
- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد. (بی تا) *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه*، بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۸ ق.). *العناوین*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- خوانساری، سیداحمد. (۱۳۶۴) *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم.
- خوانساری، موسی. (۱۳۸۵) *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۶۸) *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، قم: وجدانی، چاپ اول.
- سنگلجی، محمد. (۱۳۴۱) *ضوابط معاملات و کلیات عقود و ایقاعات*، تهران: چاپخانه مروی.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۵۸) *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- _____. (ب ۱۹۵۸) *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- _____. (۱۹۹۸) *نظریه العقد*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقی، چاپ دوم.
- شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی. (۱۴۱۲ ق.). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- _____. (۱۴۱۴ ق.). *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۹) *اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران: عصر حقوق، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۲) *آثار قراردادهای و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ اول.

- صفای، سید حسین و همکاران. (۱۳۸۴) حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول.
- صفای، سید حسین. (۱۳۸۲) قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (بی تا) حاشیه بر مکاسب، بی جا: بی نا.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (بی تا) المبسوط فی الفقه الامامیه، مشهد: مکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
- عدل، مصطفی. (۱۳۷۳) حقوق مدنی، تهران: بحر العلوم، چاپ اول.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (الف بی تا) تحریر الاحکام، مشهد: مؤسسه طوس.
- _____. (بی تا) تذکره الفقهاء، مشهد: المکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
- _____. (۱۳۶۳) /ایضاح الفوائد، قم: مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴) دوره مقدماتی (اعمال حقوقی)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ سوم.
- _____. (الف ۱۳۷۶) حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، پنج جلدی.
- _____. (ب ۱۳۷۶) حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ ششم.
- کیایی، عبدالله. (۱۳۷۶) التزامات با یع و مشتری، تهران: ققنوس، چاپ اول.
- گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۷۲) مقالات حقوقی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- _____. (۱۳۸۵) آیات الاحکام (حقوقی و جزایی)، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
- _____. (۱۳۸۷) مبانی حقوق اسلامی، تهران: مجد، چاپ اول.
- مامقانی، عبدالله. (بی تا) مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق والیقین، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- محقق داماد، سید مصطفی و دیگران. (۱۳۷۹) حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: سمت، چاپ اول.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۳) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم.
- _____. (۱۳۷۶) قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران: سمت، چاپ دوم.
- _____. (۱۳۹۰) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۷۴) قواعد فقه، تهران: نشر یلدا، چاپ دوم.
- محمضانی، صبحی. (۱۳۴۷) النظریات العامه للموجبات والعقود علی ضوء القوانين الحدیثه، ترجمه

- جمال‌الدین جمالی، تهران: فاروس ایران.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. (بی‌تا) *القواعد الفقهیه*، قم: دارالکتب العلمیه.
 - موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۵) *قواعد فقهیه*، تهران: مجد، چاپ اول.
 - موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۳۶۶) *کتاب‌البیع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم.
 - نجفی، محمد حسن. (۱۳۹۴ق.) *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دهم.
 - نیک‌فر، مهدی. (۱۳۷۱) *قانون ملنی در آرای دیوان عالی کشور*، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
 - Cheshire, Fifoot and Furmston. (1986), *Law of Contract*, London: Butter Worths, 14th Ed.
 - Padfield, C.F. (1989), *Law Made Simple*, 7th Edition.
 - Smith and Thomas. (1992), *A Case Book on Contract*, London: Sweet and Maxwell, 9th Ed.