

Feasibility study of the combination of contract termination and claim for damages in Iranian law

Fatemeh Habili^۱

Eslam Mandani

- 1- Master of Science in Private Law, Islamic Azad University, Sirjan Branch, Kerman, Iran.
- 2- Teacher of Islamic Azad University, Sirjan Branch, Kerman, Iran.

Abstract.

According to the Civil Code, three steps must be taken to terminate the contract and claim damages for failure to perform the obligation. First, forcing the obligor to perform the obligation; second, performing the obligation at the obligor's expense; and in the absence of these two cases, the third step is terminating the contract. In Iranian law and international commercial law documents, there are various methods for compensating the obligor for contractual damages due to non-performance of contractual obligations, which must be distinguished from preventive methods of breach of obligation. International documents provide for cases of contract termination. Explaining the principles, conditions, and effects of contract termination and the possibility of collecting claims for damages and contract termination in Iranian law is one of the central objectives of this descriptive-analytical research. Ultimately, it was concluded that in Iranian private law, it is possible to combine termination of a contract and claim damages for non-performance of the contract in different ways.

Keywords: Termination, contract, damages, claim for damages, contract rights.

امکان سنجی جمع میان فسخ قرارداد و مطالبه خسارت

در حقوق ایران

فاطمه هایبلی^۱

اسلام مندنی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۷

چکیده

بر مبنای قانون مدنی تا مرحله فسخ قرارداد و مطالبه خسارت عدم انجام تعهد، سه گام باید طی شود. نخست، اجبار متعهد به انجام تعهد؛ گام دوم، انجام تعهد به خرج متعهد و در غیر این دو صورت، گام سوم، فسخ قرارداد است. در حقوق ایران و اسناد حقوق بازرگانی بین‌المللی شیوه‌های گوناگونی برای جبران خسارت قراردادی متعهدله از بابت عدم اجرای تعهدات قراردادی وجود دارد که آن‌ها را باید از شیوه‌های پیش‌گیرانه نقض تعهد تفکیک کرد. در اسناد بین‌المللی موارد فسخ قرارداد پیش بینی شده‌است. تبیین مبانی و شرایط و آثار فسخ قرارداد و امکان جمع مطالبه خسارت و فسخ قرارداد در حقوق ایران از اهداف محوری این پژوهش توصیفی - تحلیلی می‌باشد. در نهایت این نتیجه حاصل شد که در حقوق خصوصی ایران امکان جمع فسخ قرارداد و مطالبه خسارت عدم اجرای قرارداد به صورت متفاوتی وجود دارد.

واژگان کلیدی: فسخ، قرارداد، خسارت، مطالبه خسارت، حقوق قراردادها.



^۱ - کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد واحد سیرجان، کرمان، ایران.

^۲ - مدرس دانشگاه آزاد واحد سیرجان، کرمان، ایران.

۱- مقدمه

از بدو انعقاد یک قرارداد تا پیش از اجرای کامل آن، ممکن است در اثر بروز حوادثی ادامه حیات عقد مورد تردید قرار گیرد. برای مثال، در جایی که قبل از رسیدن مهلت اجرای تعهد، مشخص می‌شود که متعهد قصد یا توانایی انجام آن را ندارد، در نتیجه نقض قرارداد کاملاً مطابق انتظار می‌گردد. بنابراین قرارداد ممکن است به دلایل مختلف فسخ شود. فسخ قرارداد یا در نتیجه یکی از خيارات مانند خيار عيب، خيار غبن، خيار تدليس و... صورت می‌گیرد و یا اینکه متعاقدين با توافق، عقد را اقاله یا تفاسخ می‌کنند. عقد ممکن است خود به خود فسخ شود مانند: تلف مبيع قبل از قبض، نامقدور گشتن انجام تعهد و... . به طور کلی در قانون مدنی ایران موادی که به آثار فسخ قرارداد به صورت عام پرداخته باشد وجود ندارد بلکه در هر کدام از موارد فسخ، ممکن است به طور گذرا به این امر اشاره شده باشد مانند مواد ۲۸۶، ۲۸۷ و ۲۸۸. قانون مدنی راجع به اقاله، یا ماده ۴۲۹ در خصوص خيار عيب. در مجموع می‌توان گفت که موارد فسخ قرارداد تابع قانون ملی است.

در حقوق ایران در صورتی که در اثر انجام ندادن تعهد یا تأخیر در آن خسارتی به متعهدله وارد شود او می‌تواند آن را از متعهد بخواهد، زیرا این خسارت به دلیل انجام ندادن تعهد در موعد مقرر از سوی متعهد به متعهدله وارد شده است و طبق قاعده عقلی، هر کس به دیگری ضرری وارد آورد باید آن را جبران کند، لذا متعهد باید آن را به متعهدله بپردازد. ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر کسی تعهد به اقدام امری بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارات طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.» همچنین ماده ۲۲۶ ق. م. در مورد امکان مطالبه خسارت مقرر می‌دارد: «در مورد عدم ایفاء تعهد از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفاء

تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است.»

از مضمون دو ماده فوق استنباط می شود در صورتی که یکی از متعاقدین به تعهد خود عمل نکند طرف دیگر علاوه بر اینکه می تواند عقد را فسخ کند (با عنایت به مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م) حق مطالبه خسارت را نیز دارد. با این حال در بعضی موارد متعهد مسؤل خسارات وارده نیست.

در اسناد بین المللی نیز موارد فسخ عقد پیش بینی شده است. در تألیفات داخلی اعم از منابع فقهی و یا حقوقی و نیز در کتب خارجی به صورت مبسوط و جامع انجام شده است. ولی در خصوص بررسی و شناخت روابط حقوقی طرفین بعد از اعلام فسخ معامله و حقوق تکالیف آنان در این مدت، هنوز ابهامات زیادی احساس می شود و هر ذی نفعی تمایل دارد که قبل از اعلام فسخ عقد بیع بداند که سرنوشت معامله بعد از اعلام فسخ عقد چه خواهد شد؟

۲- مبانی نظری

با توجه به تعریف هایی که در لغت نامه ها و فرهنگ های حقوقی و قانون مدنی از لغات و مفاهیم شده است به بیان معانی اصطلاحی و لغوی می پردازیم.

۲-۱- قرارداد

واژه قرارداد در زبان فارسی به معنای عقد به کار رفته است. عقد لفظاً به معنای بستن می باشد. چنان که ماده ۱۸۳ قانون مدنی می گوید: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن ها باشد. وجه تناسب معنای اصطلاحی و معنای لغوی آن است که در اثر انعقاد عقد، بین دو نفر رابطه حقوقی ایجاد

می‌شود (امامی: ۱۳۸۲: ۱۵۸) اگر همین تعریف قانون مدنی را برای قرارداد بپذیریم، مجبور هستیم که آن را منحصرأً به آن دسته از قراردادهایی اطلاق کنیم که طرفین آن در مقابل یک دیگر تعهداتی را پذیرفته‌اند. در این صورت، قراردادهای بیع و سایر قراردادهای داخلی و خارجی را که علاوه بر تعهد، متضمن انتقال مالکیت یا حقوق دیگر از یک طرف به طرف دیگر است، شامل نمی‌شود. ماده ۱۸۳ قانون مدنی: عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. نتیجه و منظور از توافق ایجاد تعهد است: گفته شد که عقد از توافق دو انشاء به وجود می‌آید، یعنی اراده بایستی امری را ایجاد کنند و نظم حقوقی پیش از آن را دگرگون سازند. از ظاهر ماده ۱۸۳ چنین بر می‌آید که انشاء باید به منظور ایجاد تعهد باشد. پس در مواردی که نتیجه توافق تبدیل به تعهد یا سقوط و انتقال است یا آثار دیگری، مانند انتقال مالکیت و ایجاد مالکیت و ایجاد شخصیت حقوقی، از آن به بار می‌آید، عمل حقوقی را نباید عقد نامید.

۲-۲- فسخ

فسخ در لغت به معنای نقض، زایل گردانیدن، تباہ کردن و شکستن آمده است. (عمید: ۱۳۸۱: ۸۶) فسخ که به آن انحلال ارادی قرار داد نیز گفته می‌شود، در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن حقوقی به قرار داد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث. فسخ یا انحلال ارادی قرارداد از حیث جایگاه حقوقی یکی از مباحث اسباب سقوط تعهدات و قراردادها می‌باشد. (شهیدی: ۱۳۸۱: ۲۰۱) فسخ در حقیقت از ازاله تعهدات ناشی از آن به علت قانونی با اراده و رضایت یا بدون آن است که موضوع آن انهدام عقد است حال چنانچه نقش اراده مورد اختلاف بین طرفین با رضایت باشد بدان اقاله یا انفساخ گویند که با قرارداد خصوصی تنفیذ می‌یابد و چنانچه بدون رضایت باشد امر به فسخ بایستی از سوی دادگاه تجویز گردد و بدان فسخ یکطرفه با اراده یکطرفه گویند زیرا فسخ چنانچه دو طرفه باشد موضوع انفساخ یا اقاله است و با اراده دو طرف انجام می‌پذیرد. پس در موضوع فسخ برهم

زدن یکطرفه به علت قانونی با اراده یکطرفه بنا به تجویز قانونی دادگاه فسخ نام دارد و برهم زدن دوطرفه بر مبنای تراضی و رضایت دوطرفه که موضوع آن قرارداد دومی است که موضوع قرارداد دوم بر انهدام قرارداد اول شکل میگیرد اقاله یا تفاسخ نام دارد و نوعی عقد است در حالیکه فسخ در ایقاعات جای دارد. (کاتویان: ۱۳۸۶: ۴۹)

۲-۳- خسارت

خسارت در لغت به معنی ضرر کردن، زیان بردن و هم چنین زیانکاری آمده است. این واژه هم معنای اسمی دارد و هم به جای مصدر بکار می رود. (معین: ۶۷: ۱۴۱۹) بعضی از حقوقدانان داخلی واژهی خسارت و ضرر را مترادف تلقی کرده و یکی را به جای دیگری استعمال نموده‌اند ولی باید توجه داشت که واژه ی خسارت اعم از کلمه‌ی ضرر است چون کلمه‌ی خسارت علاوه بر معنای زیان که به دیگری وارد می شود بر تاوان و غرامتی که به زیان دیده داده می شود نیز دلالت می کند. برخی از حقوقدانان در تعریف ضرر می نویسند: در هر جا که نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی فوت گردد یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخصی لطمه‌ای وارد شود می گویند ضرر به بار آمده است. (سنه‌وری: ۱۹۵۴: ۷۵).

اما خسارت در حقوق مدنی و فقه به معانی زیر آمده است:

الف- مالی که باید از طرف کسی که باعث ایراد ضرر مالی به دیگری شده به متضرر داده شود.
ب- زیان وارد شده را هم خسارت گویند. در عین حال باید دانست که در عبارت (خسارت تاخیر تأدیه)، واژه خسارت بیشتر به معنای زیان است تا غرامت؛ یعنی زبانی که در اثر تاخیر در تأدیه وارد می شود. (جعفری لنگرودی: ۱۳۳۸: ۲۶۰)

اثر طبیعی فسخ عقد بیع، انحلال آن و مبری شدن طرفین از تعهداتی است که به موجب عقد بر عهده گرفته اند. بعلاوه فسخ عقد باعث می شود تا تعهداتی که احیاناً هر کدام از طرفین قبلاً آن را انجام داده اند حتی المقدور به حالت قبل از عقد برگردد. بعنوان مثال اگر ثمنی پرداخت شده به پرداخت کننده مسترد شود یا اگر کالایی تحویل شده به مالک قبل از

عقد برگردد. بدیهی است که فسخ عقد ممکن است به تنهایی کافی برای اعاده وضع زیان دیده به حالت قبل از عقد نباشد و حق جبران خساراتی که در نتیجه عهد شکنی به طرف قرار داد وارد شده، نیز از آثار فسخ عقد، به شمار می‌رود و لذا با توجه به ترتیب منطقی فوق، مطالب این نوشتار در سه مبحث به شرح زیر عرضه می‌شود.

۲-۳-۱- خسارات ناشی از نقض قرارداد

هرگاه بین دو طرف، قراردادی بمنظور انجام یا ترک فعل حقوقی یا مادی وجود داشته باشد و متعهد در زمان پیش‌بینی شده آن را به مرحله اجرا در نیاورد، ممکن است موجب خسارت مالی یا معنوی متعهد له شود. در این صورت منشأ خسارت نقض تعهد قراردادی بوده؛ و مسئولیت متعهد قراردادی است. البته نقض قرارداد در بیشتر موارد خسارت مالی به همراه دارد و در پاره ای موارد موجب خسارت معنوی نیز می‌شود به طور مثال اگر در نمونه‌های زیر رابطه طرفین را بر مبنای قرارداد تحلیل کنیم، زیاد معنوی ناشی از تخلف از قرارداد است. صدمه‌های جسمی که سرنشین وسیله نقلیه در اثر سانحه و بروز جرح می‌بیند، زیان ناشی از معالجه یا درمان نامطلوب پزشکی یا کوتاهی او در انجام اقدامات لازم، افشاء اسرار محرمانه بیمار بوسیله پزشک و یا اسرار موکل بوسیله وکیل، انتشار یک اثر تألیفی بصورت اشتباه و تحریف شده یا نامطلوب توسط ناشر، تأخیر هواپیما یا قطار و در نتیجه نرسیدن مسافر در یک مجلس ضروری یا مراسم تشییع جنازه خویشاوند نزدیک از جمله خسارتهای معنوی هستند که در نتیجه عهد شکنی و تخلف از قرارداد طرفین بوجود آمده است. بنابراین تخلف از قرارداد، در بسیاری موارد موجب بروز خسارت مالی یا معنوی می‌شود که طبق قواعد کلی حاکم بر قراردادها متخلف در برابر زیان دیده مسئول جبران این خسارات است و این مسئولیت قراردادی نامیده می‌شود.

۲-۳-۲- خسارت ناشی از تقصیر غیر قراردادی یا عمل نامشروع

در بسیاری موارد، خطای شخصی موجب بروز خسارت مالی یا معنوی می‌گردد به بیان دیگر هرگاه بین دو طرف رابطه‌ای قراردادی نباشد و اقدام زیان بار عامل نیز بموجب قوانین ممنوع نباشد، اگر فعل یا ترک فعل موجب بروز خسارتی گردد که بتوان به او منسوب نمود، منشأ خسارت، خطای شخص عامل است. خطا در مفهوم گسترده‌ی آن شامل ارتکاب فعل از روی سوء نیت و عمد و نیز بی‌مبالاتی غفلت و یا حتی خطای محض می‌گردد در تمام این موارد، رابطه‌ی علیت بین فعل عامل و وقوع خسارت باید وجود داشته باشد و او باید به حکم قانون و به طور قهری مسئولیت جبران خسارت وارد بر زیان دیده را بر دوش کشد. این نوع مسئولیت که به عنوان ضمان قهری یا مسئولیت مدنی مرسوم گردیده است، دارای گستره‌ی فراوانی است مثال، اتلاف مال غیر بدون مجوز قانونی یا تصرف آن، توقیف و بازداشت شخص، توهین و افتراء، ضرب و جرح و تهدید، هتک حریم منزل، سوء استفاده از شهرت تجاری یا علائم صنعتی؛ تحریف یا اقتباس نابجای یک اثر علمی یا ادبی و مانند آن، نمونه‌هایی از خسارات مالی یا معنوی هستند که ممکن است حتی بدون سوء نیت و از روی اشتباه عامل، بروز نمایند. در هر حال، در این قبیل موارد تقاضای جبران خسارت مبتنی بر خطای مدنی یا مسئولیت مدنی می‌باشد؛ یعنی همین که رابطه زیان با فعل مرتکب احراز شود او در برابر زیان دیده با رعایت شرایط دیگر مسئول جبران خسارت وارده شناخته می‌شود.

۲-۳-۳- خسارت ناشی از ارتکاب جرم

در موارد بسیاری، منشأ بروز خسارت مالی یا معنوی، ارتکاب جرم است. یعنی مجرم برخلاف قانون و نظم عمومی جامعه به اعمالی دست می‌زند که ممنوع است و از نظر قانونی ارتکاب این قبیل اعمال، مجازات مرتکب را در پی دارد. به عنوان مثال هرگاه در اثر ایجاد حریق عمدی، مالی بطور کلی یا جزئی آسیب ببیند، یا در اثر توقیف غیرقانونی شخصی از

فعالیت روزمره خود و کسب منفعت باز بماند یا حیثیت و آبروی او مخدوش شود، یا در اثر بخش شایعه یا امور خلاف واقع یا اسرار محرمانه، شخصی اعتبار اجتماعی خود را از دست دهد. یا در اثر پاشیدن، اسید چهره دختر جوانی تغییر یابد، خسارت مالی یا معنوی وارد بر زیان دیده ناشی از ارتکاب جرم می باشد و بموجب ماده ۹ قانون آئین دادرسی کیفری ایران، بر حسب مورد متضرر از جرم می‌تواند تقاضای مجازات یا جبران خسارت یا هر دو را بنماید.

۳- جمع بین فسخ قرارداد و حق مطالبه خسارت در حقوق ایران

یکی از قواعد مسلم حقوقی که با تفاوت‌های جزئی تقریباً در اغلب نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده اصل لزوم قراردادها است. از این اصل در حقوق فرانسه تحت عنوان عبارت مشهور لاتینی "Pacta sunt servanda" یاد شده و در حقوق اسلام قاعده اصاله اللزوم یکی از قواعد معروف فقهی به شمار می‌رود. بسیاری از فقها، مبنای این قاعده را آیه شریفه اوفو باللعقود می دانند و در حقوق ایران نیز در مقام بیان مبانی اصل یاد شده به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی اشاره شده است.

صرف نظر از اختلافات نظری موجود میان حقوقدانان، معنا و مفهوم این اصل به زبان ساده آن است که وقتی طرفین قراردادی، با رعایت شرایط ماهوی و شکلی مبادرت به انعقاد عقدی نمودند، اصولاً ملزم و مأخوذ به تعهداتی هستند که به موجب قرار داد به عهده گرفته اند و در صورت تخلف هر یک از متعاملین، طرف مقابل قرار داد با استفاده از راهکارهای مختلفی که در نظام حقوقی هر کشور پذیرفته شده "اجرای عین تعهد" و یا جبران خسارات ناشی از نقض قرار داد را مطالبه نماید. مصلحت اجتماعی و اقتصادی عظیمی پشتوانه این اصل حقوقی می باشد. با این حال مواردی پیش می آید که تأکید بر تداوم لزوم قرار داد و اصرار به اجرای مفاد آن، به دلایل متعدد امری لغو و بیهوده به نظر می رسد. و اینجاست که به شخص اجازه داده می شود تا التزام ناشی از عقد را به سود خود بر هم زده و از تعهدات ناشی از عقد رهایی یابد. در قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه امامیه ضمن اینکه "اصل لزوم قراردادها" به

صراحت پذیرفته شده است، با این حال بخش نسبتاً وسیعی از قانون مدنی به مبحث خیارات و احکام راجع به آن اختصاص داده شده است.

قانون مدنی ایران در بخش قواعد عمومی قراردادها (اثر معاملات)، صریحاً فسخ را به عنوان ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی قرار داد بیان نکرده است. به همین دلیل اکثریت نویسندگان حقوق مدنی معتقدند که در حقوق ایران فسخ، ضمانت اجرای ابتدایی عدم اجرای قرارداد نیست. بلکه متعهدله می تواند متعهد را اجبار به انجام تعهد و مطالبه خسارت نماید. اما دلایلی که در توجیه این نظر آورده اند عبارتند از:

اولا - در حقوق ما اصل، لزوم عقد است و قرارداد جز در موارد استثنایی و قانونی قابل فسخ نیست و خودداری یکی از دو طرف از اجرای قرارداد در قانون مجوز فسخ قرارداد معرفی نشده است.

ثانیا - ملاک ماده ۲۳۹ ق.م. به خوبی نشان می دهد که قاعده این است که طلبکار باید برای اجبار طرف قرارداد اقامه دعوی کند و تنها در صورتی می تواند آن را بر هم زند که این اجبار ممکن نباشد و دیگری نیز نتواند به هزینه متعهد آن را اجرا کند.

ثالثا - پیش بینی راه های اجرای قرارداد و جبران زیان های وارد تا حد امکان به وسیله قانون، به اضافه مصلحت پایداری و ثبات قرارداد به اندازه کافی، غیر قابل فسخ بودن قراردادی را که یک طرف از اجرای آن خودداری می کند در سیستم حقوقی ایران را توجیه می نماید. (شهیدی: ۱۳۷۹: ۱۷۷)

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

الف) ماده ۴۰۲ ق.م. صرفاً در بیان شرایط تأخیر ثمن است و به معنای نفی سایر خیارات نیست. ماده ۴۰۲- هر گاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تادیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متایعین اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع

مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله می‌شود

(ب) صل لزوم که مبنای قاعده مشهور تقدم اجبار بر فسخ است تاب مقاومت در مقابل ادله دیگر مانند نفی ضرر و غیره را ندارد.

(ج) از یک طرف همه تخلفات قراردادی، عدم رعایت شروط ضمن عقد اعم از صریح و ضمنی است. از طرف دیگر، لفظ می‌تواند در ماده ۲۳۷ ق.م. منطوقاً بدین معناست که مشروط له اختیار دارد قرارداد را فسخ یا تقاضای الزام به اجرا نماید. پس به طریق اولی، تخلف از تعهدات اصلی موجب چنین حقی خواهد بود.

(د) در فقه اسلامی چنین قیدی (یعنی امکان فسخ فقط در صورت تعذر اجبار) وجود ندارد بلکه حق فسخ و اجبار همدوش یکدیگر هستند. (صادقی نشاط: ۱۳۸۸: ۱۶۵) اما، دلایل مزبور در اثبات حق فسخ به نظر سست می‌آید. بدین ترتیب که اولاً - گرچه ماده ۴۰۲ ق.م. نافی سایر اختیارات نیست اما مثبت خیار دیگر نیز نمی‌باشد. ثانیاً حتی اگر تمام تخلفات قراردادی را به شروط ضمن عقد تحلیل کنیم، که البته ممکن نیست، باز نتیجه آن شناخت حق فسخ به جهت نقض تعهدات قراردادی نیست. چون نقض شرط ضمن عقد، بجز شرط نتیجه و صفت که خارج از این بحث است، موجب فسخ نیست بلکه مشروط علیه اجبار می‌شود و بر خلاف نظر ایشان واژه « می‌تواند » در ماده ۲۳۷ ق.م. به هیچ وجه منطوقاً دلالت بر اختیار فسخ یا اجبار ندارد. بلکه صرفاً به معنای امکان اجبار است. زیرا اگر مفهوم واژه « می‌تواند » به معنای اختیار فسخ یا اجبار باشد ماده ۲۳۷ با مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی متعارض می‌شود. چون مواد مزبور حق فسخ مشروط له را منوط به عدم امکان اجبار و عدم قابلیت انجام موضوع شرط به وسیله دیگری به هزینه مشروط علیه کرده است.

۳-۱- مبانی انحلال ناشی از نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران، قاعده نقض قابل پیش‌بینی و انحلال عقد در اثر آن، صراحتاً در متون قانونی مورد پذیرش واقع نگردیده است. با این همه، برخی از مصادیق آن را در تعدادی از مواد قوانین یا تحت لوای دیگر قواعد حقوقی موجود می‌توان یافت؛ به گونه‌ای که می‌توان ادعا نمود، در حقوق ما به‌طور غیر مستقیم از طرف متضرر در موارد نقض قابل پیش‌بینی حمایت گردیده است. از آن جمله:

۱- در مواردی که یکی از طرفین قرارداد پیش از فرا رسیدن موعد اجرای تعهداتش اعلام می‌کند یا از رفتار وی برمی‌آید که قصد انجام تکالیف قراردادی اش را ندارد و به انحلال عقد راضی است، طرف دیگر می‌تواند با تلقی این امر به عنوان ایجاب فسخ قرارداد و قبول لفظی یا عملی آن، خود را از التزام به قرارداد موصوف رها سازد. چنین ایجاب و قبولی تشکیل دهنده نهاد «اقاله» در حقوق ایران است که از موارد انحلال عقود به شمار می‌رود (مواد ۳۸۲ به بعد قانون مدنی).

۲- در مواقعی که در عقود معوض مورد تعهد یکی از متعاقدين، عین معین است و پیش از موعد تسلیم تلف می‌گردد، از آنجا که مشخص است متعهد سر موعد قادر به ایفای تعهد خود نخواهد بود، عقد منفسخ می‌شود و در نتیجه طرف دیگر تا زمان تسلیم ملتزم به عقد باقی نمی‌ماند (ماده ۷۸۳ قانون مدنی).

۳- در مواردی که یکی از طرفین متعهد به پرداخت وجوهی می‌شود و پیش از تادیه آن ورشکسته می‌گردد، طرف دیگر مستند به مواد ۳۸۰ قانون مدنی و ۲۳۵ و ۳۳۵ قانون تجارت از اختیار فسخ قرارداد برخوردار خواهد بود. (صفایی: ۱۳۸۴: ۴۵۳) برخی نویسندگان به این دلیل که ورشکستگی موجب حال شدن دیون می‌شود (ماده ۱۲۴ قانون تجارت) و لذا پیش‌بینی نقض بی‌معنا خواهد بود، فسخ قرارداد را در موارد ورشکستگی از مصادیق اجرای قاعده نقض قابل پیش‌بینی در حقوق ایران ندانسته‌اند. به نظر می‌رسد، با توجه به این که در موارد مزبور، عدم

توانایی ورشکسته به پرداخت دیونش به روشنی قابل پیش‌بینی است، لذا مقنن منتظر نهادن داین را بیهوده تلقی نموده و اختیار فسخ معامله را به وی سپرده است. بدین ترتیب در کنار قاعده، حفظ تساوی طلبکاران، پیش‌بینی نقض نیز می‌تواند مبنایی برای حال شدن دیون ورشکسته یا حق فسخ طلبکاران او به حساب آید. (رحیمی: ۱۳۸۴: ۱۳۱)

۴- در صورتی که وجود عرف و عادت محلی یا تجاری ثابت شود که بر عدم التزام طرف متضرر به عقد در فرضی دلالت دارد که ظن قوی می‌رود طرف دیگر سر موعد موفق به انجام تعهداتش نخواهد گردید، طرفین پایبند به این عرف خواهند بود (مواد ۲۲۰ و ۵۲۲ قانون مدنی). چنین فرضی می‌تواند از مصادیق خیار تخلف از شرط ضمنی قرارداد تلقی گردد.

۵- در برخی فروض دیگر مشمول قاعده به نظر می‌رسد با تفسیر موسع از ماده ۲۴۰ قانون مدنی می‌توان به اختیار فسخ برای طرف متضرر بالقوه معتقد شد. عبارت ماده مزبور چنین تفسیری را ممکن می‌سازد. در این ماده می‌خوانیم: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود... کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت...» (ملاک در اعطای این حق فسخ، احراز تعذر انجام شرط است خواه این تعذر در پایان موعد انجام شرط ثابت شود خواه پیش از موعد نیز عدم امکان اجرا محرز و قطعی باشد. لازم به تذکر است که ماده ۳۷۰ نمی‌تواند مانع پذیرش تفسیر فوق گردد؛ چرا که ماده مذکور، مبین ضرورت متعارف بودن یا آگاهی طرفین به قدرت بر تسلیم مورد تعهد، به هنگام حال شدن موعد آن در زمان انعقاد عقد است، حال آن‌که محل بحث ما در جایی است که عدم توانایی متعهد به تسلیم مورد تعهد، پس از انعقاد عقد و پیش از هنگام تسلیم آن مشخص می‌شود. لذا موضوع از دایره شمول ماده فوق خارج است.

بدیهی است که تمسک به موارد فوق به مواقعی اختصاص دارد که طرفین ترتیبی را میان خود در موارد مواجه با نقض قابل پیش‌بینی مقرر ننموده باشند وگرنه مطابق توافق آنان عمل خواهد شد. با توجه به مراتب فوق، می‌توان ادعا کرد که در برخی از مواردی که پیش‌بینی می‌شود متعهد به هنگام فرارسیدن موعد انجام تعهداتش مرتکب نقض قرارداد خواهد

شد، حقوق ما متعهده را مختار در رهایی از قرارداد می‌سازد اگرچه گاه نیز عقد را قهرا منحل شده تلقی می‌کند. با این حال باید توجه داشت که در اعطای این اختیار نباید زیاده‌روی نمود و اصل یعنی لزوم قراردادها را به دست فراموشی سپرد. بر این اساس، در فرضی که انتظار نقص غیر اساسی قرارداد می‌رود یا در وقوع نقض تردید وجود دارد، شایسته است با عدم احراز ممتنع بودن اجرای عقد، متعهده را برخوردار از حق فسخ ندانست. همچنین، نباید از نظر دور داشت که از موارد منصوص نباید پافراتر گذاشت چرا که در حقوق ما، اصل بر این است که تعهدات حتی پس از حال شدن و عدم اجرای آنها توسط متعهد نیز، با الزام او به اجرا نهاده شوند و تنها در صورتی که اجبار متعهد علیه برای انجام تعهد ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، به طرف مقابل حق فسخ معامله اعطا خواهد شد (مواد ۸۳۲، ۷۳۲ و ۹۳۲ قانون مدنی). (همان: ۱۴۱)

۳-۲- آثار حق فسخ

اعمال حق فسخ دارای آثاری است که ذیحق جهت دستیابی به این آثار و نتایج به اجرای آن مبادرت می‌نماید. مهمترین اثر فسخ، گسیختن عقد و بازگشت طرفین به وضعیت قبل از عقد می‌باشد. چنانچه در فسخ عقد، تنها ضرر را مبنای اجرای آن قلمداد کنیم، اعمال حق موجب می‌شود که ذوالخیار را از ضرر ناخواسته‌ای که دچارش شده، برهاند. آنچه که در این مبحث به آن می‌پردازیم آثاری است که حق فسخ پس از اجراء و اعمال، از خود به جا می‌گذارد. اگر چه هر یک از خيارات ده گانه قانونی از حیث موضوع و آثار اختصاصی خود، از یکدیگر متفاوتند ولی همه آنها باضافه خياراتی که براساس ماده ۱۰ ق. م در عقد ایجاد و شرط می‌شوند، دارای یک ماهیت اساسی و مشترک و همچنین آثار اصولی و مشترک می‌باشند. در این مبحث آثار خيارات و حقوق فسخ که مشترک میان تمام آنها است مد نظر قرار گرفته، چرا که خيارات اصولا از آثار اختصاصی برخوردار نیستند و قانونگذار نیز آنها را صرفا از حیث موضوع و شرایط ایجاد و احکام ناظر به آن تفکیک و جدا نموده است

لیکن از باب آثار، همه آنها از تابع احکام یکسانی داشته است. این بخش اگر چه حجمی کمتر از مطالب و عناوین بخش اول را داراست لیکن سعی شده آثار اصولی و مهم حق فسخ مورد تشریح قرارگیرد.

اعمال حق فسخ دارای آثاری است که ذیحق جهت دستیابی به این آثار و نتایج به اجرای آن مبادرت می نماید. مهمترین اثر فسخ، گسیختن عقد و بازگشت طرفین به وضعیت قبل از عقد می باشد. چنانچه در فسخ عقد، تنها ضرر را مبنای اجرای آن قلمداد کنیم، اعمال حق موجب می شود که ذوالخیار را از ضرر ناخواسته ای که دچارش شده، برهاند. به همین دلیل مباحثی را که حول محور این آثار مهم طرح می گردد، بر شمرده و آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

مهمترین اثر اجرای خیار، بهم خوردن عقد لازم است. گسیختن پیوند ناشی از قرارداد اصولاً از زمان اعمال حق و نسبت به آینده صورت می پذیرد و نتیجتاً ماهیت عقد را از هنگام تولد، حذف می کند. (کاتوزیان: ۱۳۷۶: ۷۹)

اساساً می توان گفت که انحلال ارادی یا قهری عقد لازم از قبیل فسخ، رجوع (در هبه) و انفساخ (ماده ۳۸۷ ق.م) یا به هم خوردن عقد جایز، از زمان پیدایش موجب انحلال، آثار خود را می بخشند. زیرا عقدی که با شرایط قانونی و به نحو صحت ایجاد شده باشد، آثار خود را قهراً به جا می گذارد. مگر اینکه سبب ارادی یا قانونی از ادامه آثار مزبور جلوگیری نماید. تنها موردی که اثر عقد را از ابتدای ظهور و تحقق ظاهری آن از بین می برد، بطلان عقد است. که فی الواقع استثنایی بر اصل و عمومی فوق الاشعار محسوب نمی گردد زیرا فرض بطلان عمدتاً در مواقعی است که قانوناً بعلت فقدان یکی از ارکان و عناصر اصلی عقد، اساساً عقد ایجاد نمی گردد تا اینکه بتواند آثاری را داشته باشد. اینکه عده ای سهواً از عبارت «عقد باطل» در محاورات و مقالات و کتب خود استفاده می کنند، غلط مشهوری است که باید تصحیح شده و صحیحاً از عبارت جایگزین استفاده شود. زیرا رابطه حقوقی که باطل تلقی می شود، اساساً محقق نشده تا تسمیه عقد بر آن مجاز و درست باشد. علیهذا برخلاف فسخ یا اقاله که از جمله اعمال حقوقی

ارادی می باشند، بطلان حکم قانونی است که بدون اراده طرفین و قهرا توسط قانونگذار بر روابط طرفین بار شده و از تحقق عقد جلوگیری می کند به همین لحاظ است که پس از کشف بطلان در زمانی موخر بر ایجاب و قبول متعاملین، آثار عقد را از ابتداء کان لم یکن و منتفی می دانیم.

بازگشت و اعاده طرفین به وضعیت قبل از عقد مستلزم اجرای دو امر است: یکی اینکه هریک از عوضین عقد به ملکیت و تصرف مالک قبل از عقد خود برگردد و دیگر اینکه تکلیف منافعی که در فاصله میان عقد و فسخ ایجاد شده از حیث تعلق منافع مزبور به مالک اصلی و قانونی آن روشن شود.

آثار بوجود آمده از فسخ قرارداد اصولا همانند آثار اقاله می باشد. بجز آنچه که اختصاص به هریک از این دو علم حقوق دارد زیرا هر دو موجب انحلال عقد می شوند لیکن فسخ به طور یک طرفه و معمولا بدون رضایت طرف مقابل، و اقاله باتراضی و توافق دو جانبه متعاملین می باشد. به همین لحاظ عمدتا حقوقدانان آثار اقاله را به لحاظ فقدان عنوان علیحده فسخ در قانون مدنی بر اجرای خیار جاری می دانند. البته این امر به دنبال مباحثی است که در کتب فقیهان نیز مورد نظر قرار گرفته است. اثر فسخ محدود به انحلال قرارداد نمی شود بلکه آثار بجا مانده از عقد را، تاجایی که به حقوق دیگران صدمه نزند، باز می گرداند هدف از فسخ همانند اقاله این است که وضع متعاملین به جای پیشین باز گردد و اگر مبادله ای انجام پذیرفته است بر هم بخورد. (کاتوزیان: ۱۳۸۱: ۷۳)

۳-۳- مطالبه خسارت فسخ قرارداد

در حقوق موضوعه ایران در باب فسخ نشانه ای از مفهوم نقض اساسی قرارداد دیده نمی شود. اصولا در حقوق ما در اعمال فسخ قرارداد به اهمیت نوع تعهد نقض شده یا آثار ناشی از نقض توجهی نشده و اعلام فسخ قرارداد شکل و کیفیت خاص خود را دارد. ممکن است ادعا شود که چون تعهد به پرداخت ثمن یکی از تعهدات اساسی مشتری در قرارداد بیع به شمار

می‌آید و قانون‌گذار نیز در ماده ۴۰۲ ق.م.تحت عنوان «خیار تأخیر ثمن» نقض آن را موجب ایجاد حق فسخ برای بایع دانسته است لذا نهاد نقض اساسی هم چندان نا مانوس و بیگانه با مبانی حقوق ایران نیست. به این ادعا باید چنین پاسخ گفت که با توجه به اینکه حق فسخ به علت عدم پرداخت ثمن فقط در بیع عین معین یا در حکم معین پذیرفته شده و امتناع از تأدیه ثمن در بیع کلی از اسباب فسخ اعلام نشده و از طرفی نقض تعهد مربوط به تسلیم مبیع که اهمیت آن کمتر از پرداخت ثمن نیست، این حق را چه در بیع عین معین و چه در کلی، به مشتری نمی‌دهد. بنابراین به نظر می‌رسد پیش‌بینی حق فسخ در ماده ۴۰۲ مبتنی بر مفهوم نقض اساسی نبوده بلکه مبنای آن روایات خاصی است که تدوین‌کنندگان قانون مدنی از آن الهام گرفته‌اند. (امامی: ۱۳۷۴: ۵۴۷)

از آنجا که قانون‌گذار در ارتباط با چگونگی و مبنای فسخ، قراردادهای دسته نخست را از قراردادهای موضوع بند «ب» و «و» جدا کرده است، ما نیز در این قسمت از تقسیم‌بندی مزبور پیروی کرده و جایگاه نقض اساسی را در این دو نوع قرارداد به طور جداگانه بررسی می‌کنیم:

۱- قراردادهایی که موضوع آن عین معین است: در قراردادهای مربوط به عین معین، قانون‌گذار فسخ قرارداد را بسیار آسان ساخته است. البته در این نوع از قراردادها نیز بین نقض مربوط به تسلیم کالا و نقض سایر تعهدات تفاوت در نظر گرفته شده است: در مورد نخست فسخ قرارداد در هیچ شرایطی جایز نیست و متعهدله لزوماً باید اجبار متعهد به تسلیم کالا را بخواهد. کما اینکه ماده ۳۷۶ ق.م.د. در باب تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن اعلام می‌کند که باید اجبار ممتنع به اجرای تعهد و تسلیم کالا یا پرداخت ثمن را خواست یا ماده ۴۷۶ ق.م. که تأخیر در تسلیم عین مستأجره را موجب ایجاد حق فسخ ندانسته و فقط در صورت تعذر اجبار به مستأجره حق فسخ داده است لیکن در نقض تعهدات قسم دوم، کمترین تخلف از تعهداتی که به طور صریح یا ضمنی در قلمرو قصد مشترک طرفین قرار گرفته‌اند، به زیان‌دیده حق می‌دهد که قرارداد را فسخ کند، هرچند آثار نقض نسبت به مجموع قرارداد بسیار جزئی و کم اهمیت باشد.

۲- قراردادهایی که موضوع آن انجام فعل یا عین کلی است: بررسی موضع قانون گذار ایران در مورد قراردادهای مربوط به عین کلی و قراردادهای راجع به فعل یا ترک فعل خلاف جهت فوق را نشان می دهد. دقت در مواد مختلف مربوط به موضوع گویای آن است که قانون گذار در این دسته از قراردادها بسیار سخت گیرانه و انعطاف ناپذیر عمل کرده است. بزرگترین عهدشکنی به زیان دیده حق نمی دهد که قرارداد را ابتدائاً فسخ کند. تحت هر شرایط متعهدله ملزم است در وهله نخست به دادگاه مراجعه کرده و الزام به اجرای عین قرارداد را بخواهد و در صورتی که اجبار ممکن نشد، قرارداد را فسخ کند؛ به خصوص اینکه در بسیار از موارد این احتمال قوی وجود دارد که متعهدله پس از طی کلیه مراحل پیچیده و طولانی دادرسی و اخذ حکم بدوی و تجدیدنظر دائم بر الزام متعهد به اجرای تعهد با مشکل ناتوانی مالی متعهد برای اجرای تعهد روبه رو شود. در این صورت متعهدله برای تأیید و تنفیذ فسخ قرارداد مجبور است مجدداً به دادگاه مراجعه و مراحل پیچیده فوق را بار دیگر طی کند؛ راه حلی که می تواند برای متعهدله مشکلات متعدد از جمله تحمل هزینه و صرف وقت بسیار در پی داشته باشد و وضعیت بسیار نامطلوبی برای وی ایجاد کند.

با توجه به اینکه موضوع اغلب قراردادهای بیع بین المللی به معنای مورد نظر کنوانسیون فروش و تحویل عین کلی است، باید گفت در حقوق ایران برخلاف راه حل پذیرفته شده در کنوانسیون در باب فسخ قرارداد اساساً به نوع تعهد نقض شده و آثار نقض آن توجهی نشده و در تعهدات کلی نقض قرارداد چه اساسی باشد یا غیراساسی، موجب ایجاد حق فسخ نمی گردد.

نتیجه گیری

امروزه در حقوق قراردادهای، مبانی چند پذیرش اعطای حق انحلال عقود معوض را به متعهدله در مواقعی که به طور متعارف و معقولی از پیش قابل انتظار است که متعهد در سررسید تعهداتش قادر به انجام آنها نیست، توجیه می کنند. در قلمرو تجارت بین الملل، عرف و عادت

تجاری و در سایر حوزه‌ها، عرف و عادت اگر وجود آن به اثبات رسد و بنای عقلا در کنار قواعدی چون تقلیل خسارت می‌توانند از جمله دلایل وجود چنین حقی باشند. از منظر قوانین، قانون مدنی در مبحث اثر معاملات که جای مناسب بیان این موضوع است سخنی از ضرورت اجبار نمی‌گوید بلکه به بیان مسؤلیت متخلف به جبران خسارت اکتفا کرده است (ماده ۲۲۱ ق.م.) که به عقیده ما با توجه به عدم امکان جمع اجبار به انجام تعهد و مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد ماده مذکور به دلالت التزامی، فسخ قرارداد را در فرض عدم انجام تعهد تجویز کرده است.

از منظر دکترین، نظر مشهور با وحدت ملاک از مقررات شرط فعل (مواد ۲۲۹-۲۲۷ ق.م.) و اصل لزوم به تئوری اجبار گرایش دارد. لکن به نظر می‌رسد که قیاس نقض شرط فعل و نقض تعهدات قراردادی به جهت این که تعهدات موضوع شرط در مقایسه با تعهداتی که قید قرارداد هستند جنبه فرعی دارند و ارزش آنها یکسان نیست، قیاس ناروایی باشد. و اگر تحلیل ما از ماده ۲۲۱ ق.م. هم پذیرفته شود (دلالت التزامی بر فسخ) عدم انجام تعهد خود یکی از اسباب خیارات قانونی خواهد بود؛ بنابراین مانع اصل لزوم هم برداشته خواهد شد. در عقود معین هم موادی وجود دارد که صراحتاً دلالت بر فسخ ابتدایی دارند. (مانند مواد ۴۹۶ و ۷۰۱ قانون مدنی) بند ۷، ۸ و ۹ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، مواد ۶ و ۱۶ قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹) البته در مقابل هم موادی وجود دارند که ظاهراً با تئوری اجبار منطبق است (مواد ۴۷۶، ۳۷۶ و ۵۳۴ ق.م.) لکن علاوه بر این که می‌توان از این مواد تفسیری نمود که مانع فسخ نباشند با تئوری اجبار هم کاملاً منطبق نیستند. چون در این تئوری مطابق مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ ق.م. در صورتی که اجبار ممکن نباشد تعهد به خرج متعهد به وسیله شخص دیگر انجام می‌شود و فقط در صورتی که تعهد طبیعتاً یا به موجب شرط قائم به شخص متعهد باشد و قابل انجام به وسیله شخص دیگری نباشد متعهد می‌تواند عقد را فسخ کند. در حالی که مطابق ماده ۴۷۶ ق.م. صرف تعذر اجبار موجر به تسلیم عین مس تأجره، موجب حق فسخ برای مستأجر خواهد بود. همچنین در ماده ۵۳۴ ق.م. اجبار مزارع به

انجام عمل و انجام عمل به خرج عامل در عرض یکدیگر قرار دارند و انتخاب آن با مزارع است، در حالی که مطابق تئوری اجبار انجام تعهد به هزینه متعهد به وسیله شخص دیگر در مرحله بعد از اجبار یعنی در صورت تعذر اجبار قرار دارد. اما در نتیجه تطبیقی می توان به موارد زیر اشاره کرد و موارد اشتراک و انطباق را اینگونه ذکر کرد:

در حقوق ایران علی‌رغم فقدان متن قانونی روشن راجع به امکان جبران خسارتها بویژه جمع آنها با حق فسخ و رویه موسوم در محاکم که عملاً به پرداخت این قبیل خسارتها نداده و به بهانه های مختلف، نظیر این که تحمل نتیجه تورم و سیاستهای اقتصادی دولت بر عهده طرف قرارداد و یا این که رابطه علت بین نقض تعهد فروش مال به قیمت ارزانتر در زمان بعد یا خرید آن به قیمت گرانتر بعد از فسخ عقد ضعیف می باشد و از صدور حکم به نفع خواهان دعوی جبران خسارت وارده امتناع می نمایند معهذا به نظر میرسد از نظر علمی و تحلیل حقوقی این خسارتها قابل جبران هستند زیرا اولاً ورود خسارت در این موارد غیر قابل انکار است و رابطه سببیت عرفی، با نقض عهد طرف مقابل نیز به راحتی قابل قبول است و بدین ترتیب تردیدی در امکان محکوم کردن وی به پرداخت خسارت ناشی از نقض عهد باقی نمی ماند و فسخ عقد که به منظور جلوگیری از ورود خسارت بیشتر و خاتمه دادن به حیات حقوقی عقد به زیان‌دیده داده شده منافاتی با حق او در مطالبه سایر خسارات وارده ندارد.

با وجود همه آنچه بر فسخ قرارداد در حقوق ایران گفته شد، نیاز به قانونگذاری دقیق و شفاف در این زمینه وجود دارد. بنابراین مقررات پراکنده موجود در فسخ قرارداد و استثنائات آن باید جمع شده، بخش مستقلی در عقود و قراردادها به آن اختصاص یابد تا همه موارد مربوطه را در بر گیرد. این وظیفه مقنن است که این خلاء را با قوانین جامع تکمیل نماید. پیشنهاد می شود اصل فسخ قرارداد در حقوق ایران به صراحت مقرر شود. در ماده ۴۴۱ ق.م در فرض بطلان بخشی از عقد یا در مواردی که در قانون مدنی انفساخ به کار رفته، چنین شده است. به همین صورت در مواردی که ضمانت اجرای نقض در بخشی از عقد فسخ است، جزئی بودن فسخ عقد نیز باید به صراحت مقرر گردد، همچنین به نظر می رسد محدود کردن و

به کار بردن خیار تبعض صفتقه برای فسخ کل عقد درجایی که عدم تحقق یا نقض بخشی از عقد موجب نقض اساسی نسبت به کل عقد با مستندات فقهی سازگار است. بنابراین خیار تبعض صفتقه نیز باید مورد بازنگری اساسی قرارگیرد و تنها محدود به هنگامی شود که نقض یا عدم تحقق جزئی بنا به اراده طرف‌ها نسبت به کل عقد اساسی باشد یا در مواردی همچون شرط ضمن عقد که عوض مستقلی برای شرط مقرر نشده است و تنها فسخ کل عقد می‌تواند راه چاره باشد. البته مقنن می‌تواند با در نظر گرفتن ملاحظات یا اهدافی (همانند ماده ۴۱۲ ق.م.ایران) حکم به فسخ برخی عقود نیز بنماید.

اما تا آن زمان قضات نیز به استناد آنچه گفته شد در برخورد با نقض و تخلف جزئی قرارداد حتی المقدور باید از بطلان یا فسخ کل آن که در واقع چیزی جز عدم توجه به اصول حاکم بر قراردادها و از جمله اصل حاکمیت اراده نیست، اجتناب نموده به استناد مقتضای اصول صحت و لزوم و مقررات قانونی، اصل حفظ و بقای قراردادها در جامعه را تسهیل و تایید نمایند و حتی المقدور در جایی که بخشی از قرارداد با نقض مواجه است بکوشند تا قرارداد از بطلان یا فسخ کل مصون بماند. همچنین تا هنگام اصلاح مقررات خیار تبعض صفتقه، در اعمال آن باید به میزان نصوص مصرح (ماده ۴۴۱ و چند ماده دیگر قانون مدنی) بسنده نمایند و از تعمیم و گسترش آن بپرهیزند.

منابع و مأخذ

- امامی، سید حسن، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیه.
- جبل عاملی (شهید ثانی)، زین الدین؛ (۱۳۹۸)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة؛ تحقیق و تعلیق سید محمد کلانتر؛ چ ۳، نجف: جامعه النجف الدینیة.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
- رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۸۴)، پیش‌بینی نقض قرارداد، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۵۱.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۹)، حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)، انتشارات مجد.

- صادقی نشاط، امیر(۱۳۸۸)، حق فسخ قرارداد باوجود امکان الزام به اجرا درحقوق ایران، حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره، ۴ زمستان.
- صفایی، حسین و دیگران، (۱۳۸۴)، حقوق بیع بین المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- عمید، حسن؛ (۱۳۸۱)، فرهنگ فارسی عمید، تهران، امیرکبیر، چاپ بیست و دوم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، الزامات خارج قرارداد، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
- کاتوزیان، ناصر؛ (۱۳۷۶)، قواعدهای قراردادهای، تهران، شرکت انتشار، چاپ دوم،
- محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۱)، قواعد فقه بخش مدنی، نشر علوم اسلامی، تهران.
- محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۶)، تعهدات مالی، نشریه قضاوت؛ تهران: معاونت آموزش دادگستری استان تهران، شماره ۴۷، مهر و آبان.
- محقق داماد، سید مصطفی و نصرالله جعفری خسرو آبادی، (۱۳۸۹)، بررسی قاعده مقابله با خسارت بر اساس فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره دوم، سال چهل و سوم، پاییز و زمستان.
- معین، محمد، (۱۳۶۷)، فرهنگ فارسی، تهران: امیر کبیر، چاپ ۲۴
- Corbin. Arthur Linton , Corbin on contract, west publishing company, one volume edition, United States , 1952
- Garner, Bryan A .(۲۰۰۴): Black's Law Dictionary ۱۸ ,th Edition, Thomson West.
- Treitel, G.H., (1990) Law of Contract, Law of Contract, 9th ed, London, Sweet & Maxell.
- Ogus. A., (1993), The Law of Damages, London, Butterworth. 11-Michaud, Anne (1984), Mitigation of Damage in The Context of Remedies for Breach of Contract, Droit Compare, 15 Rev.