

## مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ قرارداد در حقوق ایران و آلمان

علی طهماسبی\*

استادیار گروه حقوق دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۱

دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۳۰

### چکیده

نظر به لزوم ایجاد انگیزه لازم در افراد برای در پیش گرفتن رفتارهای بهینه، بایسته است در کنار ورود مفاهیم و نهادهای جدید در یک نظام حقوقی، نهادهای کلاسیک آن نیز بازخوانی شوند و در مواردی که با نیازهای روز جامعه همخوانی ندارند، اصلاح یا با نهادهای مناسب دیگر جایگزین شوند. تکلیف متعهدله بر الزام متعهد به ایفای عین تعهد در فرض نقض تعهد و استثنایی بودن حق فسخ، از قواعد حقوقی پذیرفته شده در حقوق ایران است که از کارایی لازم برخوردار نیست و لاجرم باید در آن بازنگری شود؛ زیرا از یک سو مانع ایجاد انگیزه رفتاری بهینه در متعهدله شده، مقابله با خسارت از سوی او را اجازه نمی‌دهد و، از سوی دیگر گاه وی را در تنگنایی قرار می‌دهد که برونرفت از آن دشوار است. در مقابل، در حقوق آلمان در فرض عهدشکنی متعهد، به متعهدله اجازه داده شده که جز در

Email: a.tahmasebi.7@gmail.com

\* نویسنده مسؤول مقاله:


برخی موارد، هرگاه از اعطای مهلتی معقول برای اجرای تعهد به متعهد طرفی نبسته باشد، قرارداد را فسخ کند یا بر اجرای قرارداد اصرار ورزد. در حقوق ایران نیز اصلاح قانون مدنی و پذیرش امکان فسخ قرارداد در عرض امکان الزام متعهد به ایفای عین تعهد، می‌تواند به شیوه مناسب‌تری به نیازهای جامعه پاسخ داده، انتظارات مشروع و متعارف افراد را برآورده سازد.

**واژگان کلیدی:** نقض قرارداد، ایفای عین تعهد، ضمانت‌اجرا، مقابله با خسارت.

#### ۱. مقدمه

وضعیت ایدئال آن است که هرکس تعهدی در برابر دیگری برعهده می‌گیرد، در سررسید وفای به عهد کند و معمولاً نیز چنین می‌شود. در عین حال گاه متعهد به دلایل مختلف از ایفای تعهد سر باز می‌زند و متعهدله ناگزیر می‌شود از طریق نهادهای صالح علیه وی اقدام کند. ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد در حقوق ایران را می‌توان در دو دسته قانونی و قراردادی جای داد. دسته اول شامل حق حبس، الزام به ایفای عین تعهد، مطالبه خسارت تأخیر یا عدم انجام تعهد و در شرایط استثنایی فسخ قرارداد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۸۲ به بعد). درخصوص دسته دوم درج شرط خیار (منجز یا معلق)، شرط فاسخ و وجه التزام قابل ذکر است. به هر حال، نظر به این‌که تعیبه این دسته از ضمانت‌اجراها به توان و هنرمندی طرف قرارداد در پیش‌بینی راهکارهای مناسب برای تأمین منافع خود بستگی دارد، در این نوشتار بررسی نخواهند شد.

الزام متعهد به ایفای عین تعهد، ضمانت‌اجرای اولیه نقض قرارداد در حقوق ایران است و اختیار فسخ قرارداد (لازم) علی‌القاعده در طول آن قرار دارد. در نتیجه اگر برای نمونه شخصی خانه‌ای را به مدت یک سال برای سکونت از دیگری اجاره کند،

علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...

اما مؤجر در تاریخ تعیین شده از تسلیم عین مستأجره خودداری ورزد، مستأجر باید الزام او را به تحویل عین مستأجره درخواست کند. اما با توجه به این که دادخواهی و تعیین تکلیف دعوا در خوشبینانه‌ترین حالت، ماه‌ها به طول می‌انجامد، باید پرسید مستأجر در این مدت، چگونه باید مشکل نداشتن منزل را حل کند؟ آیا حکم قانون از پشتوانه منطقی برخوردار است؟

در مقابل، حقوق آلمان به گونه دیگری عمل کرده، قانون به متعهدله اجازه می‌دهد در صورت عهدشکنی متعهد، اگر پس از این که متعهدله مهلت متعارفی (جز در موارد ویژه) برای اجرای تعهد به او داد، اما وی همچنان از ایفای تعهد خودداری کرد، اقدام به فسخ قرارداد کند. در عین حال مفهوم نقض قرارداد در حقوق این کشور، با حقوق ایران هماهنگی کامل ندارد و بررسی آن برای درک حقوق قراردادهای در این کشور اجتناب‌ناپذیر است.

این نوشتار می‌کوشد در پرتو مطالعه تطبیقی و بهره‌گیری از تجارب به دست آمده در حقوق آلمان، به بررسی ایفای عین تعهد و امکان فسخ قرارداد در حقوق ایران بپردازد تا معلوم شود قاعده اجبار متعهدله به درخواست اجرای عین تعهد و تأکید بر استثنایی بودن حق فسخ قرارداد در فرض نقض عهد از سوی متعهد، توان گره‌گشایی از مشکلات افراد جامعه را دارد یا خود به معضلی تبدیل شده که با ویژگی‌های دنیای نو سازگار نبوده، لازم است هرچه سریع‌تر مورد بازبینی قرار گیرد؟ بر این اساس در ادامه، پس از بررسی بستر تاریخی و اجتماعی اصلاح بخش تعهدات قانون مدنی آلمان، مفهوم نقض قرارداد در حقوق ایران و این کشور و سپس ضمانت اجرای نقض آن شامل الزام به ایفای عین تعهد و امکان فسخ قرارداد واکاوی می‌شود.

## ۲. اصلاح قانون مدنی آلمان

قانون مدنی آلمان (مصوب ۱۹۰۰) در سال ۲۰۰۱ مورد بازنگری قرار گرفت و پس از اصلاح بنیادی دو کتاب اول آن، متن اصلاحی با عنوان «قانون نوسازی حقوق تعهدات»<sup>۱</sup> از ژانویه ۲۰۰۲ اجرایی شد. البته عنوان قانون گمراه کننده است؛ زیرا این قانون تنها به اصلاح ابعاد خاصی از حقوق قراردادهای می‌پردازد، نه حقوق تعهدات بطور کلی. به علاوه مرور زمان را هم در بر می‌گیرد و بنابراین در این زمینه هم عنوان آن دقیق نیست؛ چراکه مرور زمان مسقط حق یا محدود کننده دعوا<sup>۲</sup>، علاوه بر دعاوی ناشی از حقوق تعهدات، دعاوی مربوط به حقوق اموال، حقوق خانواده و حقوق ارث را هم شامل می‌شود (زیمرمان، ۲۰۰۶، ص ۷۲).

گرچه محرک اصلی این اصلاحات دستورالعمل اروپایی EC/۴۴/۱۹۹۹ بود، اما دامنه اصلاحات بسیار فراتر از چیزی بود که برای اجرای این دستورالعمل ضرورت داشت. در حقیقت بحث اصلاح قانون مدنی به دهه هفتاد قرن بیست برمی‌گشت؛ زمانی که وزیر دادگستری گزارش‌هایی درخصوص مطلوبیت اصلاح مبحث تعهدات قانون مدنی ارائه کرد. این گزارش‌ها در سال‌های ۱۹۸۱ و ۱۹۸۳ در سه جلد منتشر شد. نتیجتاً در سال ۱۹۸۴ کمیسیونی مرکب از استادان دانشگاه و قضات و وکلا تشکیل گردید و ضمن گزارش مفصلی در سال ۱۹۹۲، پیش‌نویس مقرراتی را ارائه کرد که تا حدود زیادی تحت تأثیر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالای سازمان ملل متحد<sup>۳</sup> و سلف آن یعنی کنوانسیون قانون یکنواخت حاکم بر بیع کالای مادی<sup>۴</sup> بود. اما این پیش‌نویس با استقبال مواجه نشد و مسکوت ماند تا این‌که در سال ۲۰۰۰ وزیر دادگستری در راستای لزوم اجرای دستورالعمل اروپا، دوباره پیش‌نویس را مطرح کرد و سرانجام پس از اصلاحاتی در سال ۲۰۰۱ به تصویب رسید (مارکسینیس و همکاران، ۲۰۰۶، ص ۴-۳۸۲ و منفرد، ۲۰۰۳، ص ۳-۱۴۲).

1. The Modernisation of the Law of Obligations Act
2. the law of liberative prescription or limitation of claims
- 3 . Convention on the International Sale of Goods (CISG)
- 4 . Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods

## ۲-۱. مفهوم نقض قرارداد و طرق جبران

**الف. حقوق آلمان.** نقض قرارداد در حقوق آلمان مفهومی عینی دارد؛ به این معنا که عدم اجرای قرارداد، نقض آن محسوب می‌شود. خواه این وضعیت، در نتیجه امتناع متعهد رخ داده باشد یا وقوع قوه قاهره یا فعل متعهد<sup>۱</sup>. لذا نقض قرارداد با مسئولیت متعهد به جبران خسارت ملازمه ندارد. به این دلیل رویکرد قانون نسبت به نقض قرارداد دوگانه است؛<sup>۲</sup> یعنی ممکن است نقض قرارداد صادق باشد، اما متعهد در برابر متعهد<sup>۳</sup> مسئولیت نداشته باشد (مارکسینیس و همکاران، ۲۰۰۶، ص ۹-۳۸۸).

عدم امکان ایفای تعهد، تأخیر در ایفای آن با وجود ممکن بودن اجرا، اجرای بد تعهد (اجرای غیرمنطبق با قرارداد) و یا نقض وظایف حمایتی ضمن ایفای تعهد (برای نمونه یک نقاش ساختمان در جریان رنگ‌آمیزی یک خانه پیوسته به اموال صاحبکار خسارت زده یا به او توهین کند)، نقض تعهد شمرده می‌شود (لوبر، ۲۰۰۸، ص ۷۳). در فرض نقض قرارداد متعهد<sup>۴</sup> حق (و تکلیف) دارد که اجبار متعهد را به ایفای عین تعهد بخواهد و تنها در شرایط خاص می‌تواند به حقوق ثانویه (خاتمه قرارداد<sup>۵</sup> و مطالبه خسارت) متوسل گردد<sup>۶</sup>. جنبه‌ی حق و تکلیف آن به این علت است که متعهدله جز در موارد خاص، بدون اعطای مهلت به متعهد، نمی‌تواند به حقوق ثانویه متوسل گردد. همچنین در قرارداد بیع و پیمانکاری<sup>۷</sup> متعهد<sup>۸</sup> می‌تواند در صورت اجرای بد تعهد، ثمن را تقلیل دهد.

بررسی حق مطالبه خسارت ناشی از نقض، انواع و شرایط مطالبه آن تخصصاً از حوزه بحث این نوشتار خارج است، اما حق اولیه متعهد<sup>۹</sup> در الزام متعهد به ایفای

1 . 'dualistic' approach of the new law

2 . termination

۳. در این نوشتار صرفاً ضمانت‌اجراهای عام نقض قرارداد بررسی می‌شود و ضمانت‌اجراهای ویژه نقض

عقود معین مطالعه نمی‌شود.

4 . contract for work

عین تعهد و حق ثانویه او بر خاتمه قرارداد در مباحث آتی تحلیل خواهند شد. گفتنی است در قانون سابق متعهدله نمی‌توانست هم قرارداد را خاتمه دهد<sup>۱</sup> و هم مطالبه خسارت کند؛ اما مطابق ماده ۳۲۶ قانون جدید، این ممنوعیت برطرف شده و متعهدله می‌تواند ضمن خاتمه قرارداد، خسارات وارد را هم مطالبه کند (زیرمان، ۲۰۰۶، ص ۷۵). البته جز در موارد خاص (مانند فرض غیرممکن بودن اجرای تعهد)، قبل از توسل متعهدله به حق مطالبه خسارت، وی باید مهلتی برای اجرای تعهد به متعهد بدهد و تنها پس از سپری شدن مهلت مذکور و عدم اجرای تعهد می‌تواند از حق ثانویه مطالبه خسارت بهره‌گیرد (مواد II ۲۸۰ و ۲۸۱ ق.م).

**ب. حقوق ایران.** نقض قرارداد ممکن است به صورت عدم انجام تعهد، تأخیر در انجام آن، عدم انطباق اجرا با مقصود طرفین یا اجرای جزئی آن باشد. به هر حال، نقض قرارداد وقتی معنا دارد که ناشی از رفتار متعهد باشد. بنابراین اگر به دلیل وقوع قوه قاهره، اجرای قرارداد غیرممکن گردد، نمی‌توان از نقض قرارداد سخن گفت (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۶۳). همچنین است اگر فعل متعهدله اجرای آن را منتفی سازد، چنان‌که اگر در قرارداد بیع عین معین، خریدار آگاهانه مبیع را تلف کند، نه تنها نقض قرارداد رخ نداده، بلکه عمل او به منزله قبض مبیع است.

اگر بعد از انعقاد قرارداد، قوه قاهره مانع اجرای تعهدات شود و مبیع عین معین یا کلی در معین باشد، قرارداد منفسخ می‌شود و ضمان معاوضی بر عهده فروشنده بوده، در صورت دریافت ثمن، باید آن را به خریدار پس بدهد. همچنین اگر مبیع کلی باشد و تسلیم هیچ‌یک از مصادیق آن ممکن نباشد، قرارداد باطل می‌شود. در عین حال اگر مبیع عین معین و معیوب باشد، خریدار می‌تواند با پذیرش آن و عدم فسخ

۱. گفتنی است قرارداد قابل فسخ تا زمان فسخ موجود و از لحظه فسخ از بین می‌رود و با قرارداد باطل که از ابتدا غیرموجود بوده، تفاوت دارد. با این حال بر خلاف حقوق ایران طرفین در قراردادهای آتی باید علاوه بر رد عوضین، منافعی را که تا زمان فسخ از موضوع قرارداد دریافت کرده‌اند مسترد دارند و از این جهت بیشتر با نهاد قابلیت ابطال شباهت دارد.

علی طهماسبی ————— مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و نسخ...



قرارداد، مطالبه ارش کند. اگرچه درخصوص عمومیت حق مطالبه ارش یا اختصاص آن به موارد منصوص اختلاف نظر وجود دارد و ماده ۴۷۸ قانون مدنی آن را در اجاره نپذیرفته است. در عین حال، درخصوص امکان یا عدم امکان الزام فروشنده به تعمیر مبیع اختلاف نظر وجود دارد (احمدزاده بزان، ۱۳۸۸، ص ۱۶).

افزون بر این در صورت عهدشکنی متعهد، اگر وحدت مطلوب مراد باشد، متعهد باید خسارت عدم انجام تعهد را بپردازد و در صورت تعدد مطلوب، ضمانت اجرای قانونی آن، اجبار متعهد به انجام تعهد و مطالبه خسارت تأخیر ایفای آن است. گفتنی است نقض وظایف حمایتی ضمن ایفای تعهد، در حقوق ایران به معنای نقض قرارداد نیست؛ هرچند حسب اوضاع و احوال ممکن است مسؤولیت مدنی یا کیفری متعهد را در پی داشته باشد.

## ۲-۲. ایفای عین تعهد

**الف. حقوق آلمان.** برخلاف حقوق انگلستان که پرداخت غرامت ضمانت اجرای معمول نقض قرارداد است و اجبار متعهد تنها در شرایط خاص امکان دارد (استون، ۲۰۰۹ ص ۷-۶۳۱، ترینتل، ۲۰۰۳، ص ۱۰۲۶-۱۰۱۹ و جفری، ۲۰۰۱، ص ۱۶۵-۱۵۲) در حقوق آلمان، حق (و تکلیف) اولیه متعهدله این است که می‌تواند الزام متعهد را به ایفای عین تعهد بخواهد. متقابلاً متعهد مکلف است تعهدش را به شیوه مقرر در قرارداد ایفا کند.<sup>۱</sup> با ایفای تعهد، متعهدله به چیزی که در قرارداد مورد توافق قرار گرفته دست می‌یابد و خواسته‌اش به بهترین نحو تأمین می‌گردد.

در صورتی که اجرای تعهد غیرممکن باشد، متعهد صرف‌نظر از تقصیر یا عدم تقصیر در عدم امکان اجرا، از تعهد اولیه مبنی بر اجرای تعهد مبرا می‌شود؛ بدون این‌که به حقوق دیگری که ممکن است در نتیجه نقض برای متعهدله حاصل شده باشد، خدشه‌ای وارد گردد (بند ۴ ماده ۲۷۵ ق.م). اگر متعهدله بخواهد به حقوق


1 . *pacts sunt servanda*

ثانویه یعنی خاتمه قرارداد و یا مطالبه خسارت متوسل شود، باید ابتدا مهلت معقولی برای اجرای تعهد به متعهد بدهد. این مهلت باید متعارف باشد والا دادگاه می‌تواند آن را به میزان متعارف افزایش دهد. اختیار دادگاه در تشخیص متعارف یا غیرمتعارف بودن مهلت اعطایی، عامل بالقوه ایجاد تشتت آرا و عدم قطعیت در روابط حقوقی است و از این جهت مورد انتقاد قرار گرفته است (مارکسینیس و همکاران، ۲۰۰۶، ص ۴۲۷).

هدف از اعطای مهلت این است که آخرین فرصت برای اجرای تعهد به متعهد داده شود تا طرفین حتی‌الامکان مقصود خود را در قرارداد بجویند. اگر با انقضای مهلت، خواسته متعهدله تأمین نشود، وی مخیر است با اصرار بر حق اولیه خود، ایفای عین تعهد را بخواهد یا قرارداد را خاتمه داده و یا مطالبه خسارت کند. البته در صورت غیرممکن بودن ایفای تعهد، متعهدله می‌تواند بدون رعایت شرط اعطای مهلت قرارداد را فسخ کند؛ چه اعطای مهلت برای این است که آخرین فرصت ایفای تعهد به متعهد داده شود و در صورت غیرممکن بودن اجرای تعهد، دادن فرصت دوباره برای اجرای امر غیرممکن، بی‌معنا است (مارکسینیس و همکاران، ۲۰۰۶، ص ۹-۳۸۸).

افزون بر این قانونگذار در موارد دیگری، متعهدله را از اعطای مهلت معاف کرده است؛ در واقع مطابق قانون، هرگاه متعهد به طور جدی از ایفای تعهد امتناع ورزد یا وقتی در قرارداد موعدی برای ایفای تعهد تعیین گردیده و اجرای تعهد بعد از موعد مذکور، منافع متعهدله را تأمین نمی‌کند یا این‌که شرایطی وجود دارد که پس از ارزیابی مصالح طرفین، فسخ فوری قرارداد را ایجاب کند (بند ۲ ماده ۳۲۳ قانون مدنی) لزوم اعطای مهلت منتفی می‌گردد. به علاوه با مطالبه خسارت یا خاتمه قرارداد در پایان مهلت، انجام تعهد ممتنع می‌شود.



علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...

**ب. حقوق ایران.** در میان ضمانت‌اجراهای قانونی نقض قرارداد در حقوق ایران، فسخ قرارداد جنبه استثنایی دارد و در صورت نقض عهد از سوی متعهد، متعهدله باید به دنبال الزام او به ایفای تعهد باشد؛ قاعده اولیه آن است که متعهدله باید ایفای تعهد را درخواست کند و حقی بر فسخ قرارداد ندارد. در واقع تأمین استواری قراردادهای و به حداقل رساندن موارد انحلال آن‌ها، مورد تأکید قانونگذار است و برابر موازین قانونی، مادام که امکان اجرای قرارداد وجود دارد، ایفای آن (جز در موارد استثنایی مثل خیار تأخیر ثمن) مقدم بر فسخ و یا مطالبه خسارت عدم تعهد است. با وجود قاعده اولیه ایفای عین تعهد، گاه الزام غیرممکن بوده، قانون برای متعهدله حق فسخ پیش‌بینی کرده است. توضیح آن‌که گاه کالای تحویل شده با توافق طرفین مطابقت ندارد. عدم مطابقت ممکن است حقوقی یا مادی باشد. منظور از عدم مطابقت حقوقی آن است که مبیع یا ثمن کلاً یا جزئاً متعلق به دیگری باشد. بدیهی است در این حالت، اگر مبیع عین معین باشد، معامله فضولی و تابع احکام آن است؛ اما اگر مورد معامله کلی باشد، قرارداد معتبر بوده، متعهد ملزم به تحویل مصداق دیگری می‌شود که متعلق به خودش باشد.


در عین حال ممکن است عدم مطابقت مادی باشد؛ به این معنا که مورد معامله معیوب یا فاقد وصف مورد توافق باشد. در این صورت هرگاه مبیع عین معین باشد، خریدار می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد کند (هرچند در فرض معیوب بودن مبیع، حق مطالبه‌ی ارزش هم دارد)؛ زیرا در چنین فرضی، امکان ایفای عین تعهد و الزام متعهد به تحویل کالای مورد توافق وجود ندارد؛ در حالی که اگر مبیع، به صورت کلی مورد معامله قرار می‌گرفت و مصداق تحویلی فروشنده با موضوع مورد توافق مطابقت نداشت، خریدار باید الزام فروشنده را به تحویل کالای توافقی درخواست می‌کرد.

افزون بر این، هرگاه وحدت مطلوب مراد باشد و متعهد در سررسید از انجام تعهد خودداری کند، الزامش به ایفای عین تعهد بی‌معنا است و متعهد باید از عهده

جبران خسارت متعهدله برآید. با توجه به آنچه گفته شد، اگر انواع ضمانت‌اجرای نقض قرارداد را به یک طیف مانند کنیم، انگلستان در یک سوی طیف، ایران در سوی دیگر و آلمان در میانه آن قرار دارد؛ زیرا در حقوق انگلیس مطالبه خسارت ضمانت‌اجرای غالب بوده، ایفای عین تعهد فقط در موارد خاص قابل پذیرش است و برعکس در حقوق ایران، الزام متعهد به ایفای عین تعهد، ضمانت‌اجرای اصلی نقض قرارداد (لازم) است و فسخ آن جنبه استثنا دارد. اما در آلمان پس از آن‌که متعهدله مهلت متعارفی به متعهد اعطا کرد و به مراد خویش نرسید، می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد کرده یا ایفای تعهد را درخواست کند.

### ۲-۳. خاتمه قرارداد

الف. حقوق آلمان. این اندیشه مقبولیت جهانی یافته که نقض قرارداد باید آن قدر جدی باشد که پایان دادنش را توجیه کند (زیمرمان، ۲۰۰۲، ص ۳۷)؛ زیرا تا حد امکان باید قرارداد حفظ شود و موارد انحلال آن به حداقل برسد. در این صورت می‌توان گفت اصل لزوم وفا به عهد جامه عمل پوشیده است. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به صرف نقض اساسی قرارداد و بدون لزوم اعطای مهلت برای اجرا، متعهدله مختار است قرارداد را فسخ یا ایفای عین تعهد را درخواست کند (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷، ص ۲۵۴ به بعد). این وضعیت در اصول حقوق قراردادهای اروپا و اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی اونی‌دروا هم صادق است (شعاریان و همکاران، ۱۳۸۹، ص ۳۹۳). در عین حال، در مواردی پیش‌بینی شده که طرف بیگناه در فرض تأخیر غیراساسی متعهد در اجرای تعهد، مهلتی به وی اعطا کند تا اگر او در پایان مهلت اقدام لازم را در این خصوص به عمل نیاورد، طرف بیگناه بتواند قرارداد را فسخ کند (ماده ۱۰۶-۸، ح.ق.ا و ماده ۵-۱-۷ و بند ۳ ماده ۱-۳-۷ اصول اونی‌دروا). کنوانسیون بیع بین‌المللی هم درخصوص تعهد فروشنده به تسلیم مبیع و

علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...

تعهد خریدار بر پرداخت ثمن و قبض مبیع، قاعده مشابهی پیش‌بینی کرده است (بند «ب» (۱) ماده ۴۹ و بند «ب» «ب» ماده ۶۴ کنوانسیون).

در حقوق آلمان طرفین قرارداد ممکن است بتوانند به موجب شروط پیش‌بینی شده در قرارداد (حق فسخ قراردادی) یا مطابق قانون (حق فسخ قانونی) به حیات قرارداد خاتمه دهند. قانونگذار در ماده ۳۲۳ به متعهدله حق داده در قراردادهای معوض اگر نقض قرارداد جزئی<sup>۱</sup> نبوده و متعهدله از اعطای مهلت اجرای قرارداد به متعهد طرفی نبسته و پس از انقضای این مهلت به مقصود خویش نرسیده باشد، قرارداد را خاتمه دهد (زیمرمان، ۲۰۰۵، ص ۷۶).

جزئی نبودن نقض قرارداد را متعهدله باید اثبات کند. در فرض عدم ایفای تعهد، این شرط حاصل است و متعهدله با رعایت شرایط دیگر، می‌تواند قرارداد را فسخ کند. در صورت اجرای قسمتی از تعهد<sup>۲</sup> متعهدله می‌تواند از پذیرش آن امتناع ورزد (ماده ۲۶۶ ق.م). در این صورت مثل آن است که تعهد اجرا نشده است. اما در صورتی که وی آن را پذیرفته و باقیمانده قرارداد اجرا نگردد، می‌تواند قرارداد را نسبت به بخش اجرا نشده فسخ کند و تنها در صورتی حق فسخ کل قرارداد (نسبت به بخش اجرا شده و اجرا نشده) را دارد که ثابت کند بخش اجرا شده، سودی برایش ندارد. بدیهی است امکان اجرای بخشی از تعهد، ناظر به فرضی است که قرارداد قابل تجزیه باشد. لذا در صورت غیرقابل تجزیه بودن قرارداد، امکان اجرای جزئی آن منتفی است. افزون بر این، دادگاه عالی مدنی آلمان، صرفنظر از امکان یا عدم امکان مادی تجزیه موضوع قرارداد، قصد طرفین را معیار قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه آن می‌داند.

گرچه قانون مدنی آلمان، اساسی بودن نقض قرارداد را برای فسخ آن ضروری نمی‌داند، اما با توجه به این‌که جز در شرایط خاص متعهدله ابتدا باید مهلتی برای

1. trivial

2. partial performance


اجرای قرارداد توسط متعهد تعیین کند و تنها پس از پایان مدت و عدم اجرای تعهد به وسیله متعهد، متعهدله حق دارد قرارداد را فسخ کند. بنابراین می‌توان گفت این قانون با اسناد بین‌المللی یا مقررات بعضی کشورها که بر لزوم اساسی بودن نقض قرارداد برای فسخ تأکید می‌کنند، در عمل تفاوت چندانی ندارد.

در فرض اجرای بد تعهد ( تحویل کالای غیرمنطبق با قرارداد) متعهدله در صورتی می‌تواند قرارداد را فسخ کند که علاوه بر رعایت شرط اعطای مهلت و لوازم آن، ثابت کند نقض قرارداد جدی<sup>۱</sup> است (جمله ۲ بند ۵ ماده ۳۲۳ ق.م). تشخیص جدی بودن نقض بر عهده قضات است. در نتیجه امکان تشمت آرا و به خطر افتادن امنیت در روابط قراردادی وجود دارد. برای حل این مشکل گفته می‌شود هرگاه عیب کالا بدون تلاش و تأخیر زیاد قابل اصلاح باشد یا کاهش ارزش آن کم باشد و یا عیب چندان منافع طلبکار را مخدوش نکند، نقض قرارداد جزئی محسوب شده، قابل فسخ نیست (مارکسینیس و دیگران، ۲۰۰۶، ص ۴۲۷).

در فرض عدم انطباق، قانونگذار فسخ جزئی را پیش‌بینی نکرده، اما در عقد بیع (ماده ۴۴۱ ق.م) و قرارداد پیمانکاری (ماده ۶۴۸ ق.م) به متعهدله حق کاهش قیمت را داده؛ اگرچه برای کاهش قیمت، لازم نیست نقض قرارداد جدی باشد. در فرایند اصلاح قانون، پیشنهادهایی برای عمومیت بخشیدن به این حق (تقلیل قیمت) و تسری آن به سایر قراردادها به عمل آمد، اما در نهایت مورد پذیرش قرار نگرفت (زیمرمان، ۲۰۰۲، ص ۴۹).

همچنین اگر متعهد با نقض وظایف حمایتی باعث ایراد ضرر به منافع طرف دیگر قرارداد شود (بند ۲ ماده ۲۴۱ ق.م) و به طور متعارف نتوان از متعهدله انتظار داشت قرارداد را بپذیرد، می‌تواند قرارداد را فسخ کند. برای مثال اگر پیمانکار در نقاشی ساختمان به علت بی‌احتیاطی پیوسته به اموال صاحبکار خسارت بزند یا به او توهین کند، صاحبکار حق فسخ قرارداد را دارد (ماده ۳۲۴ ق.م).

1. serious

علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...

قانون مدنی از نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در آینده هم غافل نبوده و برای آن، ضمانت‌اجرا تعیین کرده است. به موجب بند ۴ ماده ۳۲۳ ق.م، اگر آشکار باشد که در آینده نقض قرارداد به نحوی که حق خاتمه قرارداد را به طرف بیگناه بدهد، رخ خواهد داد، او می‌تواند قبل از سررسید خاتمه قرارداد را اعلام کند. پیش‌بینی نقض باید براساس عوامل عینی صورت گیرد؛ اما برخلاف حقوق انگلستان لازم نیست نقض قرارداد اساسی باشد (مارکسینیس و دیگران، ۲۰۰۶، ص ۱-۴۳۰).

هرگاه متعهدله عامل اصلی نقض قرارداد باشد، حق فسخ ندارد. هرچند ممکن است نقض قرارداد در نتیجه عمل متعهدله، تناقض‌آمیز به نظر برسد، اما چنان‌که پیشتر آمد نقض در حقوق آلمان مفهومی عینی دارد و عدم اجرای قرارداد صرفنظر از علت آن، نقض محسوب می‌شود. به همین دلیل اگر برای نمونه خریداری که کالای معیوب به او تحویل داده شده، خود اقدام به اصلاح و رفع عیب کند، انجام آن به وسیله متعهد (فروشنده) غیرممکن است؛ اما چون متعهدله (خریدار) خود این وضعیت را به وجود آورده، حق فسخ ندارد. همچنین است فرضی که نقض قرارداد در زمان تأخیر متعهدله در پذیرش اجرا روی داده یا برخلاف اصل حسن‌نیت خودش به طور کامل ملتزم به قرارداد نبوده است (بند ۶ ماده ۳۲۳ ق.م).

به محض خاتمه، قرارداد منحل شده، طرفین در صورت عدم ایفای تعهد، دیگر الزامی به انجام آن ندارند و در صورت اجرا، هریک از آنان مکلف است جز در موارد مقرر در بند ۳ ماده ۳۴۶ قانون مدنی هرچه را در راستای اجرای قرارداد از طرف مقابل دریافت کرده و همچنین منافع آن تا زمان خاتمه قرارداد را به طرف مقابل مسترد کند (ماده ۳۴۶ ق.م). به علاوه در استرداد منافع استفاده دریافت‌کننده ملاک نیست و حتی در صورت عدم استیفای منافع به وسیله وی، رفتار یک دریافت‌کننده متعارف معیار ارزیابی قرار می‌گیرد. البته در قراردادهای مستمر وضعیت متفاوت است و انحلال قرارداد، صرفاً نسبت به تعهدات بعد از خاتمه آن مؤثر است. در نتیجه تعهدی که موعدهش سپری شده باید اجرا گردد. بنابراین در


قرارداد مستمر، فسخ مستلزم اعاده اجرای گذشته نیست و فقط از لحظه فسخ، به وظایف اجرا پایان می‌دهد (مارکسینیس و همکاران، ۲۰۰۶، ص ۷-۴۳۳).

**ب. حقوق ایران.** در حقوق ایران هرگاه در لازم یا جایز بودن عقدی تردید حاصل شود، اعم از این‌که شبهه حکمی باشد یا موضوعی، با توجه به اصل لزوم قراردادها، باید آن را لازم دانست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۸-۲۰۷ و شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳-۴۲). در نتیجه هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند آن را فسخ کند، مگر این‌که چنین حقی در قرارداد پیش‌بینی شده یا شرایط خاص، وجود یکی از اختیارات قانونی را ایجاب کند؛ زیرا «فسخ، بد ضروری» است و جز به قدر ضرورت نباید به آن متوسل شد. بنابراین اگر در یک قرارداد معوض مالی، یکی از طرفین با امتناع از انجام تعهد خود نقض عهد کند، طرف مقابل علی‌القاعده نمی‌تواند به این بد ضروری متوسل شده، قرارداد را فسخ کند. قانون مدنی در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ در مورد تعهدات تبعی و در مواد ۳۷۶، ۴۷۶، ۴۸۲، ۴۸۷، ۴۹۲ در زمینه تعهدات اصلی بر این اندیشه استوار است. این وضعیت به طریق اولی در خصوص نقض قابل پیش‌بینی قرارداد هم صادق است و متعهدله نمی‌تواند پیش از موعد و به صرف پیش‌بینی نقض قرارداد از سوی متعهد، قرارداد را فسخ کند.

غالب حقوقدانان چنان بر استثنایی بودن فسخ قرارداد تأکید کرده‌اند که اگر در موردی قانونگذار (خيار تأخیر ثمن) راه دیگری در پیش گرفته، آنان سعی کرده‌اند با احاله موضوع به قواعد عمومی و حتی یادآوری ضرورت اصلاح قانون مدنی در این مورد جهت هماهنگی با دیگر مواد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۷۸ و ۱۹۶) و اصرار بیش از حد بر فسخ قرارداد به عنوان آخرین راه‌حل، بر وجود قاعده‌ای اصرار ورزند که منطقی و کارآمد بودن آن با یک علامت سؤال بسیار جدی مواجه است. شاید به دلیل

---

۱. هرچند به باور برخی اساتید اساساً امکان ندارد در لازم یا جایز بودن قرارداد تردید شود و مصالح کامنه هر قرارداد لازم یا جایز بودن آن را محرز می‌نماید؛ طبعاً با پذیرش این نظر، اصل لزوم سالبه به انتفای موضوع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۵۲)

علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...

همین وفاداری بیش از حد دکترین به «نظریه استثنایی بودن حق فسخ و ضرورت اجبار متعهد به اجرای تعهد» بوده که رویه قضایی علیرغم ضرورت آشکار پذیرش حق فسخ در صورت عدم انجام تعهد در عقود معاوضی و گرفتاری‌های غیرقابل انکاری که برای اشخاص ایجاد کرده، نتوانسته خود را از حصار تنگی که قانون مدنی ایجاد کرده، برهاند و تفسیری از اصل لزوم ارائه کند که منطقی و کارآمد بوده، ضمن تأمین استواری قراردادها، ملاحظات دیگر را هم مورد توجه قرار دهد.

در توضیح ناکارآمدی حکم قانون مدنی باید گفت: در نظام‌های حقوقی قواعدی برای تحدید دامنه ضررهای قابل جبران طراحی شده است. مشخصاً در موضوع مورد بحث ما، متضرر باید با وقوع زیان اقدامات لازم را برای جلوگیری از گسترش زیان به عمل آورد والا نمی‌تواند جبران ضررهایی را از زیان‌زننده بخواهد که پس از وقوع حادثه زیانبار (در فرض ما عهدشکنی) می‌توانست با انجام اقدامات مناسب، مانع وقوع آن گردد (استون، ۲۰۰۹، ص ۶-۶۲۴ و کاظمی، ۱۳۸۴، ص ۴-۲۰۱). اما قاعده حقوقی که متعهدله را مکلف می‌کند به انتظار ایفای تعهد طرف مقابل نشسته، به او اجازه نمی‌دهد به قرارداد پایان دهد، دقیقاً در جهت عکس قاعده مقابله با خسارت حرکت کرده، از افراد می‌خواهد با وقوع ضرر، گسترش آن را به نظاره نشسته، هیچ اقدامی برای کاهش آن به عمل نیاورند.


از طرف دیگر، اصولاً در قراردادها و مشخصاً معاملات بازرگانی چه بسا ایفای اجباری عین تعهد، انتظارات معقول متعهدله را برآورده نمی‌کند (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۵۷) و او بیشتر از آن‌که خواستار اجرای عین تعهد باشد، درصدد دستیابی به سود حاصل از قرارداد است و نفس اجرای تعهد برای او از مطلوبیت ویژه‌ای برخوردار نیست. بازرگانی که اقدام به خرید صد دستگاه یخچال می‌کند تا با افزودن ۱۰ درصد سود آن‌ها را به خریداران بفروشد، هدفی جز دستیابی به سود ندارد. در این شرایط پرداخت خسارتی معادل سود انتظاری (۱۰۰۰)، هدف او را برآورده می‌کند، اعم از این‌که وی با دریافت یخچال‌ها و فروش آن به خریداران آن

را به دست آورد یا در نتیجه عهدشکنی فروشنده و عدم تحویل یخچال‌ها، غرامتی معادل همان میزان از عهدشکن دریافت دارد؛ در حالی که الزام او به درخواست ایفای عین تعهد، نه تنها لزوماً به چنین نتیجه‌ای ختم نمی‌گردد، بلکه احتمال دارد باعث اختلال در گردش مالی و نتیجتاً ورشکستگی‌اش گردد که با توجه به مراودات زنجیره‌ای بازرگانان، این امر ممکن است وضعیت تجار زیادی را تحت تأثیر قرار داده، در سطح کلان بر اقتصاد جامعه اثر منفی داشته باشد.

از دید تحلیلگران اقتصادی حقوق نیز، هرگاه هزینه اجرای تعهد برای متعهد بیش‌تر از سود ناشی از آن برای متعهد باشد، باید به او حق داد که قرارداد را نقض کند و به متعهد خسارت بپردازد. با نقض قرارداد هر دو سود می‌کنند، زیرا متعهد سودی را که در صورت اجرای قرارداد به دست می‌آورد، به‌عنوان غرامت از متعهد دریافت می‌کند و در نتیجه وضعیت او با فرضی که قرارداد اجرا گردد، تفاوتی ندارد و متحمل هیچ ضرری نمی‌شود. متعهد هم کمتر از هزینه لازم برای اجرای تعهد به‌عنوان غرامت پرداخته و در نتیجه با کاهش هزینه‌های خود منتفع شده است (استون، ۲۰۰۹، ص ۵۹۵).

به هر حال با وجود قاعده اولیه ایفای اجباری عین تعهد در حقوق ایران، قانونگذار در مواردی (خیار تأخیر ثمن، خیار تخلف از شرط فعل ضمن قرارداد اجاره) از این قاعده عدول کرده و همانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول حقوق قراردادهای اروپا و اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی اونی‌دروا تحت شرایطی به متعهد اجازه داده در صورتی که متعهد از ایفای تعهدش خودداری کند، بدون لزوم درخواست اجبار او به انجام تعهد، ابتدا قرارداد را فسخ کند و گاه قوانین خاص بمانند حقوق آلمان، پس از اعطای مهلتی معقول به متعهد و عدم اجرای تعهد (ماده ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان)، اختیار فسخ قرارداد را برای متعهد پیش‌بینی کرده است.



علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...


افزون بر این در صورت تخلف از شرط وصف (یا عیب مادی مبیع)، بسته به این که مبیع عین معین و کلی در معین باشد یا کلی فی الذمه، دو حکم متفاوت برگزیده شده است. در فرض اول اگر مبیع دارای وصف مقصود نباشد، اجبار متعهد به ایفای آن معنا ندارد و برای خریدار حق فسخ ایجاد می شود، اما در مورد مبیع کلی، باید الزام متعهد به ایفای عین تعهد را درخواست کند. با این وصف می توان گفت قانونگذار گاه به تفریط گراییده و فسخ را به عنوان آخرین راه حل پذیرفته و گاه با گشاده دستی در اعطای حق فسخ به متعهدله، رویکردی افراطی را دنبال کرده و به صرف فقدان وصف مورد معامله، او را در فسخ قرارداد محق شناخته است؛ هر چند فقدان آن وصف به طور نوعی، نقض اساسی قرارداد شمرده نشود. اما در صورت کلی بودن مبیع، وی باید الزام متعهد را به تحویل کالای دارای وصف مقصود بخواهد و حق فسخ ندارد. در فرض معیوب بودن مبیع هم این وضعیت صادق است؛ جز این که در صورتی که مبیع عین معین یا کلی در معین باشد، حق مطالبه ارزش هم برای خریدار پیش بینی شده است.

گفتنی است در فقه برای ترتیبی بودن حق خیار و حق اجبار در صورت تخلف از شرط، برخی به دلالت آیه شریفه «اوفوا بالعقود» بر التزام طرفین به معامله استدلال کرده و معتقدند پس از تحقق بیع، التزام ایشان به عقد واجب است<sup>۱</sup> و جز در جایی که دلیل خاصی وجود داشته باشد، طرفین نمی توانند آن را نقض کنند. بنابراین اگر حق مشروطه ایفا نگردد، حق او تضییع می شود که با التزام به عقد منافات دارد. متقابلاً مشروطه می تواند با اجبار مشروطه علیه بر ایفای شرط، به حق خود برسد. بدین ترتیب اجبار، مانع انحلال عقد شده، حتی الامکان به مفاد آیه - که وجوب وفا

۱. البته در خصوص اینکه اساساً مشروطه علیه مکلف به انجام شرط هست یا نه، در فقه اختلاف نظر وجود دارد و برخی معتقدند شرط، تکلیفی بر عهده ی مشروطه علیه قرار نمی دهد و مدلولش صرفاً آن است که در فرض عدم تحقق آن، مشروط له حق فسخ دارد (شهید اول، ۱۳۷۷، ص ۲۵۵، شهید ثانی، ۱۳۸۰، ص ۱۱۴ و برای مطالعه بیشتر ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۸۸-۸۵)

است - عمل می‌شود و مشروطه نیز به حق خود می‌رسد، براین اساس فسخ جایز نیست؛ مگر در جایی که اجبار متعذر شده باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۴۵-۲۴۴). گروهی دیگری از فقها معتقدند مقتضای عقد مشروط عمل بر طبق شرط است؛ خواه از روی اختیار باشد یا اجبار. به همین دلیل شیخ انصاری پس از بیان دیدگاه‌های مختلف، بیان می‌دارد با وجود امکان اجبار متعهد، دلیلی برای تجویز فسخ قرارداد وجود ندارد (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۳-۳۲)؛ زیرا التزام مشروطه به عقد، التزام مقید به تحقق شرط است، اعم از این که تحقق شرط اختیاری باشد یا اجباری. در نتیجه اگر شرط از روی اختیار محقق نشود، باید به وسیله اجبار در تحقق آن کوشید و تا وقتی که تحقق شرط با اجبار مشروطه ممکن باشد، آن التزام مقید منتفی نمی‌شود و تنها وقتی حق فسخ برای مشروطه ممکن می‌شود که تحقق شرط متعذر شده، اجبار مشروطه بر انجام آن غیرممکن باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۴۵). افزون بر این خیار امری خلاف قاعده بوده، باید به قدر متیقن آن بسنده کرد. لذا احکام خیار در فرض امکان اجبار مشروطه مورد تردید است، همچنین مدرک خیار، اجماع است که دلیل لَبّی به شمار می‌آید و در نتیجه باید به قدر متیقن آن که جریان حکم خیار در فرض عدم قدرت بر اجبار است، عمل شود. بدین ترتیب با پذیرش این دیدگاه، پابندی حداکثری به اصل لزوم قراردادها و رویگردانی حداقلی از آن ممکن می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۴۷).

در برابر، هم عرض بودن حق اجبار و حق فسخ قرارداد نیز از سوی برخی از فقها مورد پذیرش قرار گرفته است (علامه حلی، بی‌تا، ص ۴۹۰، محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۴۳؛ خویی، ۱۴۱۰، ص ۵-۴۴). ایشان در تأیید دیدگاه خود به اصل لاضرر و عرف استناد کرده، معتقدند اگر با مطالبه مشروطه، مشروطه‌علیه از وفا به عهد خودداری کند، حکم لزوم عقد ضرری شده، به موجب اصل لاضرر، این حکم ضرری برداشته می‌شود. باید توجه داشت که امکان اجبار مشروطه در حکم توان امکان رفع ضرر است، نه این که ضرر را رفع کند. در نتیجه در عرض حق اجبار، باید حق فسخ

علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...

نیز برای مشروطه وجود داشته باشد تا ضروری از باب لزوم عقد متوجه مشروطه نشود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۶-۲۴۵). افزون‌براین با مراجعه به عرف می‌توان دریافت که به هنگام تخلف از شرط، بنای ایشان بر عدم لزوم بوده، مشروطه را مخیر می‌دانند که با التزام به عقد، اجبار مشروطه‌علیه به انجام شرط را خواسته یا قرارداد را فسخ کند (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۱۲۹ به نقل از محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۴۷).

بنابراین دادن حق فسخ قرارداد به متعهدله در فرض عدم انجام تعهد به وسیله متعهد، مغایر احکام شرع به نظر نمی‌رسد؛ چه صرف‌نظر از امضایی بودن عمده احکام باب معاملات، باید گفت در مورد حکم این موضوع، اتفاق‌نظری میان فقها وجود نداشته، برخی به صرف عهدشکنی متعهد (عدم وفای به شرط)، به متعهدله حق می‌دهند قرارداد را فسخ کند. در نتیجه چنین نظری در فقه، بی‌سابقه نبوده و شائبه مغایرت آن با شرع، از جایگاه مستحکمی برخوردار نیست.

ممکن است ایراد شود که استدلال فقها در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط ضمن عقد است که تعهد تبعی به شمار می‌آید، در حالی که موضوع نوشتار حاضر بررسی ضمانت اجرای تخلف از تعهد اصلی است، در نتیجه دیدگاههای ایشان در این خصوص قابل استناد نیست. در پاسخ به این ایراد باید گفت شرط فاقد حقیقت شرعی بوده و با توجه به عرف عام هر گونه الزام و التزام تبعی یا اصلی را در بر گرفته و نمی‌توان آنرا منحصر به شرط ضمن عقد دانست (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۶-۶۴).

### ۳. نتیجه‌گیری

در حقوق آلمان هرگاه متعهد در یک قرارداد معوض تعهدش را اجرا نکند، متعهدله جز در شرایط خاص ابتدا باید مهلت متعارفی برای اجرای تعهد به او اعطا کند. اگر

متعهد با انقضای مهلت تعهدش را انجام نداد، متعهدله می‌تواند قرارداد را خاتمه دهد. در حقوق ایران مطابق قانون مدنی، در صورتی که یک طرف قرارداد (لازم) تعهدش را انجام ندهد، طرف دیگر جز در موارد خاص مثل خیار تأخیر ثمن، تخلف از شرط فعل ضمن عقد اجاره و غیره حق فسخ قرارداد را ندارد، بلکه باید متعهد را به ایفای عین تعهد الزام کرده، در صورت قطعیت حکم و صدور اجراییه، هرگاه متعهد کماکان از انجام تعهد سرپیچی کند، اگر مباشرتش در انجام تعهد شرط باشد، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کند و در صورتی که مباشرت او در انجام تعهد شرط نباشد متعهدله می‌تواند تحت نظارت دایره اجرا با هزینه متعهد موجبات انجام تعهد را فراهم آورد. بنابراین در قراردادهای مالی معوض، متعهدله صرفاً وقتی حق فسخ قرارداد دارد که هیچ راهی برای اجرای قرارداد باقی نمانده باشد. این قاعده نامطلوب بوده، در بسیاری از موارد متعهدله را در موقعیتی قرار می‌دهد که نه راه پس دارد و نه راه پیش. از این رو، این قاعده مقبول در حقوق ایران، فاقد پشتوانه منطقی است و کارآمد نیست. جهت رسیدن به پیشرفت و توسعه اقتصادی، اصلاح قانون مدنی در این خصوص ضرورتی اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

#### ۴. منابع

##### ۴-۱. فارسی و فقهی

۱. احمد زاده بزاز، سید عبدالمطلب، «الزام به تعویض یا تعمیر کالا به عنوان ضمانت اجرای قرارداد»: حقوق مدنی تطبیقی، جلد اول، چاپ اول، تهران، سمت و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۲. انصاری، مرتضی، مکاسب، جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات محبین، ۱۳۷۹.
۳. بجنوردی، سید محمد حسین، قواعد الفقهیه، ج ۵، چ اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹.


- علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «لزوم و جواز در عقود و ایقاعات»، تحولات حقوق خصوصی، چ چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
  ۵. حلی علامه، تذکره الفقهاء، ج ۱، تبریز، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا.
  ۶. خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، چ بیست و هشتم، قم، ناشر مدینه العلم، ۱۴۱۰.
  ۷. شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، چ اول، تبریز، فروزش، ۱۳۸۹.
  ۸. شهیدی، مهدی، اصول قراردادهای و تعهدات، چ اول، تهران، عصر حقوقدان، ۱۳۷۹.
  ۹. شهید اول، لمعه دمشقیه، ترجمه و تبیین: محسن غرویانی و علی شیروانی، جلد اول، چاپ نهم، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۷.
  ۱۰. شهید ثانی، مباحث حقوقی شرح لمعه، به کوشش اسدالله لطفی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
  ۱۱. صفایی سید حسین و نعمت‌الله الفت، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد»، مجله نامه مفید، شماره ۷۹، ۱۳۸۹.
  ۱۲. صفایی، سید حسین، مرتضی عادل، محمود کاظمی و اکبر میرزا نژاد، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، چ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
  ۱۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، چاپ قدیم (رحلی)، بی‌تا.
  ۱۴. قاسم‌زاده، سید مرتضی، «ضمانت اجرای تأخیر در پرداخت ثمن»، حقوق مدنی تطبیقی، چ اول، تهران، سمت، ۱۳۸۸.
  ۱۵. کاتوزیان، ناصر، درسهایی از عقود معین، ج ۱، چ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

۱۶. کاظمی محمود «قاعدهٔ جلوگیری از خسارت»، مجلهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۸، تابستان ۱۳۸۴.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، نظریهٔ عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه: بخش مدنی ۲، چاپ ششم، تهران، سمت، ۱۳۸۴.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۴.

۲-۴. انگلیسی

1. Basil S Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German Law of Contract*, Second Edition, USA, Hart Publishing, 2006.
2. Lowisch Manfred, «New Law of Obligation In Germany», *Ritsumeikan Law Review*, No 20, 2003.
3. Lubert, M. «The Law of Contracts», in *Key Aspects of German Business Law*, edited by Michael Wendler, Bernd Tremml and Bernard Buecker, Springer, 2008.
4. Samuel Geoffrey, *Law of Obligation and Legal Remedies*, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, 2001.
5. Stone, Richard, *The Modern Law of Contract*, Fifth edition, Great Britain, Cavendish Publishing Limited, 2009.
6. Treitel Gunter, *The Law of Contract*, Eleventh Edition, Great Britain, Sweet & Maxwell, 2003.

علی طهماسبی  مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ...

7. Zimmerman Reinhard, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, 2002.
8. Zimmerman Reinhard, «Contract Law Reform: The German Experience», Reprinted in *The Harmonization of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Edited by Stefan Vogenau and Stephen Weatherill, USA, Hart Publishing, 2006.
9. Zimmerman, Reinhard, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, First edition, 2005.