

## نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد در حقوق آلمان و ایران

حسن بادینی\*      فرناز فروزان بروجنی\*\*

### چکیده

ترتیب اولویت در اعمال راهکار «اجبار متعهد به اجرای عین تعهد»، در میان راهکارهای دیگر حاکم بر نقض قرارداد، همچون فسخ و پرداخت خسارت، مورد اختلاف نظر سیستم‌های حقوقی قرار گرفته است. نظام حقوقی ایران، الزام به اجرای عین تعهد را به عنوان نخستین راه حل اجباری که نمی‌تواند همیشه نیز کارا باشد، در اولویت قرار می‌دهد. در این راستا، نظام حقوقی آلمان با اعمال اصلاحات قانونی در سال ۲۰۰۱، ضمن تأکید بر اصل وفای به عهد، به بیان شرایطی کارآمد جهت اعمال فسخ پرداخته است. این مقاله با روشی کتابخانه‌ای و رویکردی تطبیقی، به بررسی روند اصلاحات مذکور در حقوق تعهدات آلمان می‌پردازد. مقاله حاضر به دنبال پاسخ به این پرسش است که چگونه می‌توان در نظام حقوقی ایران با اصل قرار دادن پابندی به قرارداد، بستر مناسبی برای اعمال فسخ در شرایط ناکارآمد اجرای عین تعهد مقرر نمود:

---

\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)      hbadini@ut.ac.ir  
\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران      farnazforouzan@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۰۳      تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۵/۲۴

وضعیتی که می تواند موجب کاهش هزینه ها و کارایی گردد.

واژه های کلیدی: نقض قرارداد، ضرب الاجل، انتظارات معقول متعهدله، اجرای عین تعهد، فسخ قرارداد.

#### ۱. مقدمه

بی تردید در مطالعات امروزی حقوق قراردادها، در نظر گرفتن آثار و نتایج اقتصادی و اجتماعی قراردادها، در کنار جنبه های حقوقی آن، نقش پررنگی ایفا می نماید. در این میان، راه های جبران نقض تعهد و لزوم رعایت اصل وفای به عهد از جمله الزام متعهد به اجرای عین تعهد، همواره از موضوعات مطرح در حقوق قراردادها بوده است.

در سیستم حقوقی ایران، در صورت نقض تعهد قراردادی، از احکام شرط فعل مدد گرفته و اعلام شده است که متعهد باید ابتدا به اجرای عین تعهد اجبار شود و در صورت عدم امکان اجبار وی، می توان به سراغ راه های قانونی دیگر رفت (مواد ۲۳۷-۲۳۹ قانون مدنی ایران). فرض کنید نقض تعهد قراردادی در حوزه پیمانکاری ساختمان اتفاق افتد و متعهدله جهت رفع مشکلات پیش روی خود با توسل به راهکار طولی سه مرحله ای (اجبار متعهد، انجام عمل با هزینه متعهد، فسخ) و طی این مسیر طولانی و صرف وقت و هزینه، با چه خسارات هنگفتی مواجه خواهد شد. لذا در عصر حاضر، گاه اعمال مطلق الزام متعهد به اجرای عین تعهد غیر کارآمد می نماید. به علاوه در بررسی کتب فقهی نیز علی رغم تأکید بر اهمیت و ضرورت وفای به عهد، بر ضرورت الزام متعهد به اجرای عین تعهد به عنوان راهکار اولیه و اجباری، اتفاق نظر وجود ندارد.

از سوی دیگر نیز با توجه به این مهم که تاریخ حقوق همواره برای درک مسائل نوپدید به ما یاری رسانده، اصلاحات قانونی ارزشمندی را به ما نشان داده و ما را آگاه می سازد که حقوق در انزوای ملی و شرایط داخلی صرف پیش نمی رود،

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۳۹

بلکه با شناسایی زمینه‌های مشترک بین حقوق قدیم و حقوق جدید و با ساختاری که بر اساس پژوهش‌های تطبیقی ایجاد می‌کند، مسیر را به سمت تعامل حقوقی فراگیرتری منتهی می‌سازد (Zimmermann, 2001: 188-189)، لذا در این راستا، مطالعه اصلاحات ایجادشده پیرامون موضوع موردبحث در نظام حقوقی آلمان خالی از فایده نخواهد بود. قانون مدنی آلمان که تحت تأثیر حقوق روم و حقوق عرفی آلمانی شکل گرفته بود نیز بر موضع رعایت اصل وفای به عهد پایبند بود. این قانون، حاوی یک حق فسخ کلی قانونی نبود و سیستم بسیار پراکنده و پیچیده‌ای را در این زمینه پیش‌بینی می‌نمود؛ اما در نهایت در سال ۲۰۰۲، در راستای یکسان‌سازی قوانین با اصول منطقه‌ای و بین‌المللی و هماهنگی با تحولات اجتماعی و اقتصادی متحول گردید.

بنابراین با توجه به گسترش روابط قراردادی در سطح جهانی، به ویژه در بخش تجارت و با عنایت به اینکه اعمال مطلق اجبار به اجرای عین تعهد، به عنوان «راهکار اجباری و اولیه» نقض قرارداد، گاهی، جز فراهم نمودن مشکلات بیشتر در روابط قراردادی ثمری نخواهد داشت، لذا جهت رفع مشکلات موجود در مسیر اجرای تعهدات قراردادی در نظام حقوقی ایران باید چاره‌اندیشی کرد. بدین ترتیب با نگاهی تطبیقی، در گام نخست به بررسی موضوع با تأکید بر اصلاحات سال ۲۰۰۱ نظام حقوقی آلمان پیرامون حقوق تعهدات پرداخته و پس از آن با طرح مسئله در نظام حقوقی ایران و بررسی ریشه‌ها، الگوی پیشنهادی در این زمینه ارائه خواهد شد.

۲. نگرش تاریخی بر اجرای عین تعهد و فسخ در حقوق روم و آلمان

در حقوق روم، علیرغم اینکه اصل لزوم وفای به عهد (Pacta Sunt Servanda) از جایگاه ارزشمندی برخوردار بوده است، اما بر این اصل مسلم استثنائاتی نیز مطرح بود. در حقوق روم، اجرای کامل و مطلق مفاد قرارداد تحت

هر شرایطی الزامی نبوده و انحلال یک جانبه قرارداد در شرایطی تجویز شده بود. برای نمونه، در قرارداد اجاره اشیا (Locatio conductio rei)، این اجازه به مستأجر داده شده بود که در صورت تخلف موجر از تکالیف خود، بتواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. همان‌گونه که موجر نیز در صورت عدم پرداخت اجاره‌بها از سوی مستأجر حق اخراج وی را داشت (Zimmermann, 1996: 578).

طرفداران حقوق مذهبی کلیسایی (Canon Law) نیز بر این اصل اخلاقی که تعهد بایستی مورد احترام قرار گیرد، تأکید داشتند. به علاوه، اصل مذکور از سوی پیروان حقوق طبیعی (Natural Law) مورد حمایت قرار گرفت و می‌توان رد پای آن را در قانون مدنی آلمان نیز پیدا کرد. حتی امروزه اعطای حق فسخ یک جانبه ناشی از یک قرارداد به ویژه در راستای حفظ حقوق مصرف‌کننده، بیشتر دیده می‌شود (Zimmermann, 1996: 577-579).

در نگاه حقوق عرفی رومی (Ius Commune) یعنی قواعد حاکم بر نظام حقوق نوشته در آلمان، تلقی از اجرای عین تعهد به عنوان راهکار قانونی اولیه برای اجرای تعهدات، در هماهنگی با شرایط اجتماعی و اقتصادی ایالت‌های آلمان در آغاز قرن نوزدهم نفوذ دارد. در آن زمان تمام نواحی آلمان دارای اقتصاد مبتنی بر کشاورزی بود و تجارت و صنعت در حجم کوچکی انجام می‌شد و خبری از حمل و نقل انبوه کالا و مواد خام نبود. معاملات داخلی نیز بر حول زمین و خانه‌ها و کالاهای خاص دیگر انجام می‌شد. در نتیجه در چنین شرایط اقتصادی، تحویل عین موضوع قرارداد و به عبارتی اجرای عین تعهد بسیار حائز اهمیت بود (Oosterhuis, 2011: 88-89). بنابراین در صورت عدم اجرای تعهد از سوی متعهد، راهکار نخست برای متعهدله فقط اجبار مدیون به اجرای عین تعهد بود و متعهدله نمی‌توانست در گام نخست به سراغ فسخ فوری رود (Oosterhuis, 2011: 124). لیکن پس از مدت‌ها تغییر و گذار از مراحل مختلف، به ویژه دوره قانون‌گذاری ملی (امینی و حقانی، ۱۳۹۳: ۲-۴؛ Zimmermann, 2007: 18-23)، در قانون مدنی

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۴۱

آلمان (مصوب ۱۹۰۰ م)، صرفاً به بیان حق فسخ، البته در برخی موارد اکتفا شد، گرچه رویه قضایی آلمان قاعده‌ای عام را شکل داده بود؛ اما در نهایت بر اساس اصلاحات سال ۲۰۰۱ م، شناسایی قاعده عام فسخ با جایگاه ویژه‌ای مطرح گردید.

#### ۲.۱. نوسازی حقوق تعهدات آلمان در سال ۲۰۰۱ میلادی

پس از سال‌ها بحث و طی مراحل متعدد، قانون نوسازی حقوق تعهدات آلمان (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)، در ۲۶ نوامبر سال ۲۰۰۱ به تصویب رسید و در اول ژانویه سال ۲۰۰۲ م لازم‌الاجرا گشت. بدین ترتیب قانون مدنی آلمان (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)، مصوب اول ژانویه سال ۱۹۰۰ با ریشه رومی، پس از نزدیک به صد سال دستخوش اصلاحات بنیادین به ویژه در بحث نقض تعهدات قرار گرفت. تلاش‌ها برای اصلاحات قانونی در این زمینه به اواخر دهه ۱۹۷۰ و با درخواست وزیر دادگستری برای ارائه نظرات کارشناسان در این زمینه بر می‌گردد. پس از ارائه نظرات کارشناسان امر در اوایل دهه ۱۹۸۰، کمیته اصلاح قوانین در سال ۱۹۸۴ تشکیل گردید. در این میان یکی از اهداف اصلاحات مذکور، بررسی قواعد کلی نقض تعهدات بود که در سال ۱۹۹۲ منجر به ارائه گزارش کمیته مذکور گردید؛ اما به دلیل اعلام گزارش ارائه شده مبنی بر نارضایتی‌های موجود، روند کار اصلاحات به طور جدی دنبال نشد (Schlechtriem, 2002: 2).

پس از مدتی، با توجه به تصویب دستورالعمل بیع کالاهای مصرفی اتحادیه اروپا (Directive 1999/44/EC of the European Parliament) در سال ۱۹۹۹ که برای محقق ساختن مقررات دستورالعمل، مهلت نهایی ۳۱ دسامبر ۲۰۰۲ را پیش‌بینی نموده بود، توجهات مجدداً به اصلاحات قانون مدنی جلب شد و در این میان مقامات قانون‌گذاری آلمان را بر سر دوراهی قرار داد: از یک طرف، آن‌ها می‌توانستند با افزودن مفاد دستورالعمل به بدنه قوانین موجود و در نتیجه افزایش

تعداد قوانین که با ناسازگاری‌هایی نیز مواجه بود، کار را ادامه دهند و یا راه دوم (اعمال اصلاحات قانونی) را انتخاب نمایند و مهلت نهایی دستورالعمل را فرصتی برای تعدیل مقررات اصلی قانون مدنی آلمان به منظور مواجهه با نیازهای جدید با لحاظ قوانین بین‌المللی و هماهنگی با مقررات اتحادیه اروپا بشمارند (Dedek, 2012: 366; Möllers, 2003: 4). در نهایت، وزارت دادگستری راه حل دوم را برگزید و طرح اصلاح سال ۱۹۹۲، پس از تعدیل و اصلاح، با لحاظ مقررات و اصول اروپایی و بین‌المللی، به پیش‌نویس رسمی مبدل شد. بدین ترتیب، قانون مدنی جدید آلمان در سال ۲۰۰۲ م، با اصلاحات جدید از جمله در بخش قواعد کلی نقض تعهدات، لازم‌الاجرا گردید (Schlechtriem, 2002: 3-4).

## ۲.۲. دستاوردهای قانون مدنی آلمان مصوب سال ۲۰۰۱ م

اگرچه قانون مدنی آلمان به طور کامل دوباره نوشته نشد، ولی در نتیجه اصلاحات ایجادشده، حقوق تعهدات آلمان تغییرات اساسی به خود دید. در این میان، به طرح مفهوم جدید «نقض تکلیف» (Pflichtverletzung) و رفع برخی پیچیدگی‌های اجرای تعهدات می‌توان اشاره نمود.

۲.۲.۱. مفهوم جدید «نقض تکلیف»: قانون مدنی پیشین آلمان دربردارنده مفهوم جامعی از نقض قرارداد نبود و به مواردی چون تأخیر در اجرا یا عدم امکان اجرا، اشاره داشت (Zumbansen, 2005: 191-192). دکترین حقوقی آلمانی «نقض مثبت قرارداد» (Positive Vertragsverletzung)، در این زمینه کمک شایانی نمود، به طوری که در تبیین انواع نقض قرارداد و تقسیم دعاوی در این زمینه، مورد توجه قرار گرفت (Pieck, 1996: 119) و بدین ترتیب تمایز آشکاری میان انواع نقض تعهد برقرار کرد؛ اما شناسایی انواع نقض، تشخیص معیارهای تفکیک میان آن‌ها و تعیین راه‌های جبرانی هر کدام از آن‌ها، کار دشواری بود و مشکلاتی نیز در برداشت (Löwisch, 2003: 144). بدین جهت و برای جلوگیری از چنین پیچیدگی‌ها

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۴۳

و مشکلاتی که در تعریف و تعیین حدود انواع نقض در قانون مدنی قبلی آلمان وجود داشت، «نقض تکلیف» مفهوم جدیدی است که قانون مدنی آلمان پس از اصلاحات از آن استفاده نمود و قطع نظر از نوع نقض، «هرگونه عهدشکنی» را تحت عنوان مفهوم عام و گسترده «نقض تکلیف» قرار می‌دهد.

بنابراین با ورود عبارت جدید «نقض تکلیف» به قانون مدنی آلمان و با معرفی این مفهوم عام، نوع کلی نقض قرارداد رشد نموده و فراتر از حقوق قراردادهای به عنوان نقض تکلیف و تعهد، به سرتاسر حقوق تعهدات بسط داده شده است. نگرش جدید، وضعیت متفاوتی را نسبت به گذشته ایجاد نمود، به طوری که تغییری بنیادین در این نظام حقوقی محسوب می‌گردد (Ernst, 2004: 333-334).

در سیستم حقوقی جدید آلمان، خواه تعهد ناشی از قرارداد (Vertragliches Schuldverhältnis) و خواه ناشی از حکم قانون (Gesetzliches Schuldverhältnis)، اگر طرف تعهد از مفاد تعهد تجاوز نماید (نقض تعهد نماید)، صرف نظر از نوع نقض (می‌تواند شامل تأخیر، تحویل کالای ناقص، تحویل مقدار نادرست، نقض وظایف فرعی و عدم اجرای کامل قرارداد باشد)، «نقض تکلیف» ایجاد می‌گردد که بایستی به نوعی از جبران نقض منتهی شود (Zumbansen, 2005: 193).

۲.۲.۲. الگوی اعمال حق فسخ با لحاظ وفای به عهد: حمایت از رژیم اجرای عین تعهد را در قوانین کشورهای حقوق نوشته از جمله آلمان می‌توان یافت (Heidemann, 2007: 473). امروزه در سیستم حقوقی آلمان، در مواجهه با نقض تکلیف، متعهدله نسبت به اجرای عین تعهد و یا فسخ قرارداد (Rücktritt)، البته پس از اعطای مهلت معقول، اختیار دارد؛ به عبارت دیگر، ادبیات به کار رفته در قانون مدنی آلمان در استفاده از راهکار اجرای عین تعهد، از «اختیار» سخن می‌گوید، نه اجبار؛ بنابراین، این حق متعهدله است که خواهان اجرای همان تعهدی باشد که نسبت به آن با متعهد توافق کرده بود، مگر اینکه با محدودیت‌های اجرای

عین تعهد مانند عدم امکان اجرا مواجه گردد.

البته این نکته نیز دارای اهمیت است که در زمان سخن گفتن از راه‌حل‌های جبران نقض قرارداد در حقوق آلمان، باید میان ادعای متعهدله برای اجرای عین تعهد، به عنوان ادعای اولیه و حقوق دیگر متعهدله که از عدم اجرا یا اجرای ناقص ناشی می‌شود (مانند حق فسخ و یا پرداخت غرامت)، به عنوان ادعای ثانویه تفاوت گذارد. جبران خسارت، فقط به حقوق ثانویه یعنی ادعای خسارت، حق فسخ قرارداد و یا تعدیل قیمت، مربوط می‌شود؛ بنابراین در حقوق آلمان، حق مطالبه اجرای عین تعهد، به عنوان «حق اولیه» و روش‌های جایگزین اجرای قرارداد، به عنوان «حقوق ثانویه» می‌باشند (Markesinis, 2006: 399-400).

مطابق بند یک ماده ۲۴۱ قانون مدنی آلمان، متعهدله در مقام ادعای اولیه‌اش و یا در مرحله اول، می‌تواند اجرای عین تعهد را خواستار شود؛ اما او ناچار است جهت مطالبه خواسته‌اش برای متعهد ضرب‌الاجلی (Nachfrist) تعیین نماید و به متعهد فرصت دیگری بدهد تا با اعطای یک دوره زمانی معقول (Angemessen)، متعهد بتواند عین تعهد را اجرا کند. علیرغم اینکه ظاهراً بیان می‌شود که اعطای این ضرب‌الاجل نوعی حمایت از متعهد محسوب می‌گردد، اما باید گفت این اقدام تأکیدی بر اصل پای بندی به قراردادها است و دو طرف قرارداد را مجبور می‌کند تا دوباره به توافق منعقد رجوع نموده، در حفظ آن بکوشند و نوعی از رضایت‌مندی را جستجو نمایند (Markesinis, 2006: 401).

حتی اگر متعهدله خواهان فسخ قرارداد است، برای تأکید بیشتر بر اجرای حق اولیه یعنی «اجرای قرارداد»، متعهدله قبل از توسل به حقوق ثانویه از جمله فسخ و یا مطالبه غرامت، باید نسبت به تعیین ضرب‌الاجل برای اجرای قرارداد توسط متعهد اقدام نماید. انقضای این ضرب‌الاجل برای اعمال حق فسخ و یا مطالبه غرامت ناشی از عدم اجرا ضروری است؛ بنابراین، طلبکار چه بخواهد عین تعهد اجرا شود، چه نخواهد، باید این ضرب‌الاجل قبل از فسخ یا مطالبه غرامت به بدهکار داده



نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۴۵

شود. البته در برخی مواقع نیز نیاز به دادن فرصت نیست و استثنائاتی در این زمینه وجود دارد، از جمله عدم امکان اجرا مندرج در ماده ۲۷۵ ق. م آلمان.

حق فسخ قرارداد، به عنوان یکی از راه‌های جبران نقض تکلیف، به طرف قرارداد این امکان را می‌دهد تا با انحلال قرارداد و در برخی مواقع در ترکیب با ادعای پرداخت خسارت، آنچه را که می‌خواهد به دست آورد. همچنین با اعمال فسخ، متعهد نیز در برخی مواقع، می‌تواند از ضرر و زیان هزینه‌های ناشی از اجرای تعهدات، رهایی یابد؛ اما باید توجه داشت که ماهیت قدرتمند فسخ می‌تواند به عنوان تهدیدی برای امنیت قراردادی طرفین قرارداد نیز محسوب شود. بر این اساس، نباید حق فسخ به صورت فوری و یا به راحتی در موارد عدم اجرای کم‌اهمیت، در دسترس قرار گیرد (Chen-Wishart and Magnus 2013: 648).

با توجه به موارد فوق و با عنایت به پای بندی به اصل لزوم، در بیشتر نظام‌های حقوقی، فسخ قرارداد به طور کلی، فقط در صورتی که «نقض جدی» ایجاد شده باشد، مجاز شمرده می‌شود. در این زمینه، تعیین اساسی بودن نقض که اجازه کنار گذاردن اصل لزوم وفای به عهد را می‌دهد، کاری دشوار است. قطع نظر از سیستم‌های حقوقی که اصولاً فسخ را فقط با حکم دادگاه اجازه می‌دهند، دو الگو مطرح است (Schlechtriem, 2002: 10).

الگوی اول، به عنوان یک اصل کلی، فسخ قرارداد را فقط در مورد یک نقض جدی و اساسی مجاز می‌داند؛ بنابراین برای شرح دادن موارد نقض جدی و اساسی، موضوع به دادگاه‌ها، مفسران یا به شرایط دیگر محول می‌گردد. این الگو در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG)، اصول موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی (UNIDROIT) و اصول اروپایی (PECL) دنبال می‌شود (Schlechtriem, 2002: 11).

الگوی دوم، بر اساس یک شرط کلی است که متعهدله باید یک دوره زمانی معقول دیگری را تعیین نموده و به متعهد فرصت دومی را اعطا نماید. اعطای چنین مهلت اضافی (ضرب‌الاجل)، ضمن تأکید بر

اجرای عین تعهد، در راستای جبران نقض توصیف می‌شود (Chen-Wishart and Magnus, 2013: 669). البته اگر موضوع از موارد نقض بدیهی و اساسی یا علاج ناپذیر باشد، چنین دوره زمانی معقول اضافی، غیرضروری بوده و جاهتی ندارد. این نوع نگاه نیز در قانون تعهدات سوئیس و همچنین قانون جدید آلمان یافت می‌شود (Schlechtriem, 2002: 11).

به طور کلی و علیرغم وجود نظرات مخالف، عنوان می‌شود که مجموعه قواعد جدید پس از اصلاحات، نسبت به قانون مدنی قدیم، به طور قابل ملاحظه‌ای آسان‌تر شده است (Zimmermann, 2002: 38). با ورود مفهوم کلی و جدید نقض تکلیف به سیستم حقوقی جدید آلمان و وجود یک نقض تعهد در رابطه قراردادی، به عنوان شرط لازم (البته نه کافی) برای اعمال حق فسخ، می‌توان گفت برای اعمال فسخ، دیگر به «جدی و اساسی بودن» نقض تعهد، نیاز نیست. در نتیجه، در این نظام حقوقی مشکل تعریف جدید نقض وجود نداشته و پیچیدگی روند اعمال حق فسخ کاهش یافته است (McKendrick, 2005: 141).

در قانون مدنی آلمان، مواد ۳۲۳ الی ۳۲۶ و ماده ۴۳۶ به شرایط فسخ قرارداد و آثار آن می‌پردازد. با مطالعه ماده ۳۲۳ قانون مذکور، در می‌یابیم که این ماده قانونی، از اصول پذیرفته شده کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (بند ۱ ماده ۶)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (ماده ۷) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (ماده ۹:۳۰۱) که فسخ را فقط در صورت نقض اساسی موجه می‌داند (الگوی اول)، فاصله گرفته است (Zumbansen, 2005: 196). ماده قانونی مذکور نشان می‌دهد که قانون مدنی آلمان، لیست جامعی از شرایط فسخ را بیان ننموده، بلکه برای اینکه متعهدله بتواند قرارداد را فسخ نماید، فقط بایستی ضرب‌الاجلی به متعهد اعطا نماید. پس از گذشت مدت ضرب‌الاجل و مواجهه با نتیجه ناموفق (عدم جبران نقض تعهد)، امکان اعمال فسخ برای متعهدله، مهیا می‌گردد.

بنابراین نقض تعهد قراردادی، لازمه فسخ قرارداد است، اما شرط کافی نیست.

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۴۷

در این سیستم، یک قاعده کلی پیش‌بینی شده که طرفی که مستحق حق فسخ است، باید برای فسخ قرارداد یک مدت زمانی معقول دیگری (ضرب‌الاجل) جهت جبران نقض ایجاد شده به طرف مقابل اعلام کند. اگر متعهد در آن مدت زمانی تعیین شده نسبت به اجرای تعهد و یا جبران نقض اقدامی ننماید، ذی‌حق برای فسخ قرارداد توانایی دارد (بند ۱ ماده ۳۲۳ ق. م آلمان).

همان‌طور که بیان شد، این اصل کلی بر هرگونه نقضی حاکم می‌شود و بیان می‌دارد که حق فسخ فوری وجود ندارد و همواره به بدهکار از سوی طلبکار فرصت دومی اعطا می‌شود. مع‌الوصف، به موجب قانون مدنی آلمان، استثنائاتی نیز بر این اصل، با عنوان مواردی که فسخ فوری امکان‌پذیر است، اعلام شده است: اگر اجرای تعهد برای متعهد غیرممکن باشد، یا اگر طلبکار به صورت جدی و نهایی از اجرای تعهد امتناع ورزد و یا اگر منافع هر دو طرف قرارداد به دلایل خاصی، فسخ فوری را توجیه نماید، می‌توان نسبت به اعمال فسخ فوری اقدام کرد (بند ۲ ماده ۳۲۳ ق. م آلمان).

گفتنی است، در صورت عدم رعایت حسن نیت و همچنین در صورتی که نقض تعهد به دلیل تقصیر خود طلبکار یا به واسطه تأخیر در قبولی از سوی او باشد، طلبکار نیز حق فسخ خود را از دست خواهد داد (بند ۶ ماده ۳۲۳ و ماده ۲۴۲ ق. م آلمان؛ Chen-Wishart and Magnus, 2013: 670- 671).

در نهایت باید اضافه نمود که برابر ماده ۳۲۵ قانون مدنی آلمان، با فسخ قرارداد، حق طلبکار برای ادعای خسارت تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد، بلکه او می‌تواند در صورت فراهم بودن شرایط، فسخ و خسارت، هر دو را مطرح نماید (Zumbansen, 2005: 194- 195).

البته در کنار مطالب فوق، برخی نیز با دلایل گوناگون از جمله با استناد به نگرش اقتصادی بر قواعد حقوقی، به مزایای پرداخت خسارت و غرامت به عنوان راهکار اولیه نقض عهد و تمایل زیان دیده به دریافت خسارت نسبت به

دشواری‌های درخواست اجرای عین تعهد مانند هزینه‌های دادرسی و از دست دادن زمان پرداخته‌اند (Schwartz, 1979: 274- 277). ضمن اینکه، به استفاده بیشتر از راهکار جبران خسارت و غرامت نسبت به راهکار اجرای عین تعهد، در عمل به ویژه در پرونده‌های با موضوعات تجاری و بیع کالا، اشاره شده است (Heidemann, 2007:121; Shavell, 2006: 876; Henrik and Kaspere, 2004: ). (486).

### ۳. طرح مسئله در نظام حقوقی ایران

یکی از طرفین قرارداد عهد شکسته و به تعهد خویش عمل ننموده است. اکنون متعهدله با نقض تعهد مواجه گشته و به دنبال راهکاری برای رفع مشکل موجود است. بر اساس دیدگاه مستنبط از نظام حقوقی ایران، متعهدله ولو اینکه خواهان فسخ قرارداد باشد باید ابتدا برای اجبار متعهد به اجرای عین تعهد به حاکم رجوع نماید؛ اما واقعیت این است که در قوانین موضوعه ایران حکم صریح، کلی و واحدی در این زمینه وجود ندارد. در متون قانونی، اختلافاتی به چشم می‌خورد، اعم از اینکه راهکار ارائه شده در خصوص تخلف از شرط ضمن عقد باشد یا در خصوص تخلف از تعهد اصلی، احکام در مورد نقض تعهد، مختلف هستند و مروری بر مواد پراکنده موجود در قانون مدنی ایران به خوبی گویای این امر است، لذا جهت رفع چالش پیش رو بایستی به دنبال «قاعده‌ای عام و کارآمد» گشت (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۸-۶۹؛ امینی و حقانی، ۱۳۹۳: ۱۷).

از یک سو مواد ۲۳۷-۲۳۹ قانون مدنی با بیان راهکار سه مرحله‌ای تأکید دارد که متعهدله تنها پس از طی مراحل، می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. از سوی دیگر مواد ۲۴۳، ۳۷۹ و ۴۹۶ قانون مذکور حکم دیگری را بیان می‌دارد و آن اینکه متعهدله در صورت تخلف از شرط و بدون طی مراحل فوق‌الذکر، می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. ماده ۳۹۵ قانون مدنی نیز بر اختیار متعهدله بین اجبار متعهد

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۴۹

بر انجام تعهد و فسخ قرارداد اشاره دارد.

علاوه بر موارد فوق، در خصوص نقض تعهد قراردادی و راهکار فسخ قرارداد نیز می‌توان به بحث خیارات اشاره نمود. برای نمونه، خیار تأخیر ثمن، خیار عیب، خیار تفلیس و انواع دیگر خیارات در قانون مدنی به حق فسخ اشاره دارد. با مراجعه به کتب حقوق دانان نیز در می‌یابیم که آن‌ها با ملاک قرار دادن ماده ۲۳۹ قانون مدنی، اجبار متعهد به اجرای عین تعهد را به عنوان راهکار اولیه و اجباری و در قالب قاعده اعلام نمودند که ضمانت اجرای طبیعی تخلف از وفای به عهد الزام متخلف است، نه فسخ عقد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۳۵؛ صفایی، ۱۳۹۲: ۳۴). یا بیان نموده‌اند که اجبار بر وفای به شرط مندرج در ماده ۲۳۷ قانون مدنی متابعت از نظریه مشهور فقها بوده است (امامی، ۱۳۷۶: ۲۸۹-۲۹۰).

با بررسی آرای صادره از محاکم نیز پی می‌بریم که قضات در صدور آرا از ملاک مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ قانون مدنی پیروی می‌نمایند. برای نمونه، آورده‌اند که «عدم عمل به شرط (بدون قید حق فسخ) باعث فسخ معامله نمی‌شود» (رای شعبه یک دیوان عالی کشورش ۱۳۸۷ مورخ ۱۳۱۶/۶/۱۵ به نقل از حسینی، ۱۳۷۹: ۸۷)، یا «ماده ۲۳۷ قانون مدنی در موردی است که مشروط علیه از انجام عمل تخلف نماید و در ضمن برای مشروط له حق فسخ در صورت تخلف مقرر نشده باشد» (حسینی، ۱۳۷۹: ۸۶)، یا «ایجاد حق به استناد ماده ۳۷۶ قانون مدنی مقدمتاً اجبار فروشنده به تسلیم مبیع است که هنوز در این خصوص اقدامی از ناحیه خریدار به عمل نیامده است...» (زندگی، ۱۳۹۱: ۴۵-۴۶).

همچنین در رأی صادره از دادگاه عمومی که توسط دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز تأیید شده، آمده است «... مطابق مقررات مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی، خواهان می‌بایست ابتدائاً الزام مشروط علیه به انجام شرط را از دادگاه درخواست و تقاضا نماید بنابراین دعوی خواهان صرف‌نظر از صحت و سقم آن به دلیل اینکه خواهان الزام مشروط علیه را از دادگاه درخواست و تقاضا ننموده است، قابل

استماع نیست ...» (دادنامه ش ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۸۰۰۵۸۴ مورخ ۱۳/۶/۱۳۹۱).

بنابراین همان‌گونه که اشاره شد، بر اساس دیدگاه مستنبط از نظام حقوقی ایران، متعهدله حتی اگر خواستار فسخ قرارداد باشد، باید ابتدا نسبت به اجبار متعهد به اجرای عین تعهد به حاکم رجوع نماید و اگر اجبار متعهد امکان‌پذیر نبود، می‌تواند نسبت به فسخ اقدام نماید. این تفسیری است که اساتید و قضات از راهکار جبرانی نقض تعهد ارائه می‌دهند و الزام متعهد به اجرای عین تعهد را به عنوان «راهکار اولیه و اجباری» شناسایی نموده‌اند.

اما به راستی اگر شرایط اجتماعی و اقتصادی پیش روی متعهدله، مجالی جهت اقدامات قضایی برای اجبار متعهد به اجرای عین تعهد را نداد و یا اگر متعهد با نقض تعهد و سوءنیت به دنبال متضرر ساختن متعهدله باشد و با طولانی دیدن روند دادرسی فرصت را غنیمت شمرد، چه باید گفت؟ قطعاً اینجا متعهدله از ابتدا خواهان فسخ است، اما خواسته وی محکوم به رد است، زیرا «فسخ معامله به عنوان آخرین حربه به کار می‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۰۶).

### ۳.۱. ریشه‌یابی برای ارائه الگوی پیشنهادی

دقت نظر در ادبیات حقوقی به منظور اصلاح مشکلات فوق‌الذکر، بر توجه به سه امر کلیدی دلالت می‌نماید: نخست اینکه متون فقهی درباره موضوع مطرح شده، از اختلاف نظر بین فقها می‌گویند، لذا حکم واحدی در این مورد اعلام نشده است. دوم اینکه حوزه معاملات بر بنای عقلا و عرف و عادات استوار است و بر این اساس از امور امضایی به شمار می‌رود. سوم اینکه اجرای عین تعهد، در راستای برآوردن انتظارات معقول و متعارف طرفین قرارداد در حین انعقاد می‌تواند حائز اهمیت قرار گیرد. در نتیجه، حکم الزام به اجرای بر خلاف انتظارات موصوف، قابل تامل است.

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۵۱

۳.۱.۱. اختلاف نظر در متون فقهی: مفهوم اجرای عین تعهد در حقوق اسلامی به آنچه در حقوق رومی - ژرمنی بحث می شود نزدیک تر است تا آنچه در حقوق کامن لا در مورد پرداخت خسارت مطرح می گردد (Jemielniak, 2014: 118). بر اساس حقوق اسلامی، تعهدات بایستی اجرا شوند و این حکم ناشی از حرمت تعهد است. حکم دستوری قرآن کریم «اوفوا بالعقود» و حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم»، می توانند بیانگر ضرورت رعایت وفای به عهد باشند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۹۵؛ الجزیری، ۱۴۲۴: ۱۵۴ - ۱۵۵؛ الزحیلی، ۲۰۰۸: ۱۳۱؛ الفت، ۱۳۸۶: ۱۱۰ - ۱۱۵). بدین جهت گفته شده است که در فقه، اجرای عین تعهد راهکاری معمول است و نظریه فسخ یک نظریه عمومی تلقی نمی گردد (السنهوری، ۱۳۹۰: ۵۱۴)؛ اما آنچه حائز اهمیت است اینکه در صورت نقض تعهد، حکم صریحی مبنی بر اتفاق آرای فقها بر بیان الزام متعهد به اجرای عین تعهد به عنوان «راهکار اولیه و اجباری» در جهت منافع متعهدله و طرح فسخ قرارداد به عنوان راهکار بعدی یافت نمی گردد. با وجود اینکه گفته شده این نظر «متابعت از نظریه مشهور فقها بوده» (امامی، ۱۳۷۶: ۲۸۹ - ۲۹۰)، لکن در متون فقهی اختلاف نظر پیرامون این موضوع به چشم می خورد و اصولاً انتساب «نظریه اجرای اجبار عین تعهد به عنوان راهکار اولیه و اجباری» به نفع متعهدله، به فقه به صورت مطلق صحیح نیست (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۴۹ - ۵۳؛ جهانگیری و یزدانی، ۱۳۹۱: ۳۴ - ۴۰).

برخی در اجبار متعهد تردید دارند (عاملی، ۱۴۱۷: ۲۱۴)، بعضی بر عدم جواز اجبار تأکید کرده اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۱)، عده ای بر لزوم اجبار استدلال نموده اند (کرکی، ۱۴۱۴: ۴۲۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۷۴؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۲۱۸؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۶۶ - ۷۲) و از برخی نیز دو قول عدم اجبار و امکان اجبار نقل شده است (نوی، بی تا: ۳۶۵؛ حلی، ۱۴۱۴: ۲۶۷). برخی بیان داشته اند که بین اجبار و فسخ اختیار است (حلی، ۱۴۱۴: ۲۵۲؛ خمینی، ۱۳۶۸: ۲۲۰) و برخی نظر داده اند که در صورت تعذر از اجبار، فسخ ممکن می شود (نجفی، ۱۳۶۵: ۲۱۹؛ عاملی جبعی،

۱۴۱۰: ۵۰۶)؛ بنابراین در میان آرای فقها در این خصوص اتفاق نظری وجود ندارد. ۳.۱.۲. استواری امور معاملات بر بنای عقلا: با عنایت به اینکه امور مربوط به قرارداد- ادها مربوط به حوزه امور عقلایی است و بر بنای عقلا و عرف و عادت رایج در جامعه که منع و ردعی از سوی شارع به ما نرسیده است استوار می‌باشد، لذا تعبدی نبوده (خمینی، ۱۳۶۸: ۲۲۰؛ صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۵۲) و از امور امضایی به حساب می‌آیند. در نتیجه، مقنن می‌تواند قوانین حاکم در این حوزه را اصلاح نماید (میرزائزاد، ۱۳۸۸: ۳۴۴-۳۴۵). اکنون باید دید بنای عقلا در رفتار معاملاتی در صورت نقض قرارداد چیست؟ اجرای مطلق عین تعهد یا در نظر گرفتن وفای به عهد در کنار شرایط اجتماعی و اقتصادی و یافتن راهکاری کارآمد؟

علاوه بر موارد فوق، در خصوص نقض تعهد قراردادی و راهکار فسخ قرارداد نیز می‌توان به بنای عقلانی خیارهای اشاره نمود. اگر فلسفه وجودی استفاده از خیارهای در عقود معوض را مبتنی بر بنای عقلا و مورد تأیید شارع بدانیم (جهانگیری و یزدانی، ۱۳۹۱: ۴۱-۴۳)، از آنجا که شرط کردن (اعم از صریح و ضمنی) در معاملات و نیز خیار تخلف از آن امری عقلایی محسوب می‌شود (خویی، ۱۳۷۵: ۵۴۴؛ خویی، ۱۳۷۷: ۹۴-۹۵) و توسل به تقابل تعهدات و عدالت معاوضی در قراردادهای معوض میان تعهدات متعاملین بر اساس بنایی معقول مورد پذیرش قرار گرفته است، لذا در صورتی که یکی از متعاملین به تعهد خود عمل ننماید، این شرط ضمنی ارتکازی که لازمه عقلی عقد است و بر مبنای عرف عام یا بنای عقلا استوار است، حضور خود را ثابت می‌نماید، حتی اگر در قرارداد در قالب شرط و به طور صریح به فسخ اشاره نشده باشد (اسماعیلی و توکلی نیا، ۱۳۹۰: ۱۳). در واقع خود قرارداد معوض حاوی این شرط ضمنی است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۳۴) که در صورت تخلف از وفای به عهد متقابل، اختیار فسخ وجود دارد؛ به عبارت دیگر با نقض تعهد می‌توان قرارداد را یک جانبه فسخ کرد. وقتی تعهدی، خواه صریح خواه ضمنی، ایجاد شد، در صورت نقض، دو حق الزام به اجرا و فسخ



نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۵۳

بدون تقدم یکی بر دیگری محقق می‌گردد (خمینی، ۱۳۶۸: ۱۱۴). پس می‌توان گفت، قید عدم امکان الزام به اجرا برای تحقق حق فسخ، مبنای فقهی ندارد (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۰۷).

۳.۱.۳. توجه به انتظارات معقول و متعارف متعاملین در زمان عقد: بر اساس قواعد عمومی قراردادها، دو طرف ملتزم به مفاد عقد می‌باشند (قاعده عام نیروی الزام آور عقود) و ریشه این التزام نیز قواعد اخلاقی و مذهبی، حاکمیت اراده و ضرورت‌های اجتماعی اعلام شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۷-۴۴).

اما آنچه در این میان حائز اهمیت است اینکه مبنای التزام را خواه قواعد اخلاقی و دینی، خواه اراده طرفین و خواه الزامات و ضروریات اجتماعی بدانیم، باید در نظر داشته باشیم که گر چه نقض تعهد، تخلف و ناپسند است، اما چه بسا گاهی نقض تعهد به نفع متعهد و یا متعهدله و یا هر دو باشد و اجرای عین تعهد مطلوب طرفین نبوده و موجبات ضرر آنان را نیز فراهم آورد؛ بنابراین با توجه به عدم وجود همیشگی ثبات شرایط در قراردادهای گوناگون، ناگزیر بایستی در تفسیر قراردادها، در کنار اراده مشترک طرفین، رعایت عدالت و حسن نیت را نیز مدنظر قرار داد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۲۲-۲۲۳)؛ زیرا آنچه مهم است، گام نهادن در مسیر عدالت است؛ بنابراین، اجرای اجباری عین تعهد، لازمه جدایی ناپذیر قاعده نیروی الزام آور عقد نیست و در صورتی اجرای عین تعهد را می‌توان وفای به عهد تلقی نمود که برآوردن انتظارات معقول و متعارف طرفین قرارداد در حین انعقاد رعایت شود (الفت، ۱۳۸۶: ۱۱۷).

۳.۲. الگوی پیشنهادی اعمال حق فسخ با لحاظ وفای به عهد برای نظام حقوقی ایران

از آنجا که قانون مدنی آلمان، با توجه به ریشه تاریخی در حقوق روم، توانسته است به بازسازی مقررات قانونی در ترکیب تأکید بر ارزش‌های قدیم در

کنار تأثیر تحولات جدید اقدام نماید، لذا به نظر می‌آید با بررسی همه جانبه تحولات عصر حاضر و رعایت ارزش‌ها به طریقی کارآمد دست یابیم. بی‌تردید از اهمیت و تأکید بر اصل پابندی به قرارداد نباید غافل شد، چراکه دستیابی سریع و راحت به فسخ نیز همواره تضمینی برای اجرای عدالت و تأمین برای حقوق و منافع متعهدله، نخواهد بود. لذا شایسته است با در نظر گرفتن اصل لزوم، قاعده‌ای عام و کلی ارائه نمود. بر این اساس می‌توان این اختیار را به متعهدله داد تا با اعطای مهلت زمانی معقول در قالب اظهارنامه، بار دیگر نسبت به حفظ حرمت قرارداد منعقد، تلاشی صورت گیرد. لیکن در صورت اصرار متعهد بر عدم اجرای تعهد، به متعهدله امکان اجرای هر یک از دو راهکار الزام به اجرا و یا فسخ را، بدون رعایت ترتیب طولی، دهیم.

#### ۴. نتیجه و پیشنهادها

سخن بر پژوهشی از جنس مقایسه بود تا بتوان با دستاوردهای نظام حقوقی آلمان و تطبیق آن‌ها در کنار ارزش‌های نظام حقوقی ایران به راهکار حقوقی کارآمدی دست یافت؛ بنابراین آنچه حاصل شد این است که اصل ارزشمند لزوم وفای به عهد را باید در کنار انتظارات معقول و متعارف متعاملین در زمان عقد در نظر گرفت و این مهم را فراموش نکرد که امور مالی و معاملاتی بر بنای عقلا استوار می‌باشد و مقتضای لزوم وفای به عقد، برآوردن انتظارات معقول و متعارف طرفین قرارداد در زمان عقد است. بدین ترتیب راهکار پیشنهادی این مقاله در فرض نقض قرارداد برای متعهدله، اعطای اختیار به وی با تأکید بر رعایت اصل لزوم است. کسی که ملتزم به اجرای تعهد می‌باشد، باید آن را به جا آورد و در صورت تخلف طرف معامله، متعهدله با اعطای مهلت زمانی معقول در قالب اظهارنامه، تقاضای وفای به عهد بنماید؛ اما در صورت اصرار متعهد بر عدم اجرای تعهد، متعهدله می‌تواند با رجوع به حاکم نسبت به الزام متعهد به اجرا و یا فسخ

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۵۵

اقدام نماید. به بیان دیگر، راهکار ارائه شده در قانون مدنی آلمان در مورد پیش‌بینی اعطای فرصت و ضرب‌الاجلی معقول به متعهد، جهت تأکید بر رعایت اصل لزوم وفای به عهد در کنار اعطای اختیار به متعهدله به منظور انتخاب راهکار جبرانی بین الزام به اجرای عین تعهد و فسخ قرارداد، می‌تواند ایده‌ای جالب توجه برای نظام حقوقی ایران باشد، چه آنکه ضمن تأکید بر پایبندی به مفاد قراردادی و تلاش برای حفظ قرارداد منعقد، در نظر گرفتن شرایط متغیر اجتماعی و اقتصادی به وجود آمده پس از نقض تعهد تحمیل شده، کوتاه کردن مراحل رسیدگی در محاکم و کاهش هزینه‌های دادرسی و به نوعی کارایی را موجب می‌گردد.

منابع

الف. فارسی

- اسماعیلی، محسن و توکلی نیا، امید (۱۳۹۰)، «شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۳۴: ۱۵۱-۱۹۰
- الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۶)، «تأملی در مبانی و مفاد الزام و التزام در قراردادها»، فقه و حقوق، ۱۲: ۹۳-۱۲۰
- امامی، سید حسن (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: اسلامیه
- امینی، منصور و حقانی، سعید (۱۳۹۳)، «سیر تکوین حق فسخ ناشی از اجرا نشدن (نقض) تعهد قراردادی در حقوق اروپایی: رهنمودهایی برای حقوق ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۵: ۲۰-۱
- جهانگیری، محسن و یزدانی، غلامرضا (۱۳۹۱)، «بررسی اقسام شرط و آثار آن (با تکیه بر نقض تعهد)»، آموزه‌های فقه مدنی، ۵: ۲۵-۵۴
- حسینی، سید محمدرضا (۱۳۷۹)، قانون مدنی در رویه قضایی، تهران: مجد
- زندى، محمد رضا (۱۳۹۱)، رویه قضایی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی (بیع)، تهران: جنگل - جاودانه
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۰)، الوسيط فی شرح القانون المدنی، ج ۱، ترجمه دادمزى، سید مهدی و دانش کیا، محمد حسین، قم: دانشگاه قم
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷)، فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱، ۱۳۷۷: ۴۹-۷۲
- صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، ۳۹: ۲۹۷-۳۱۴
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان
- صفایی، سید حسین و الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۹)، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، ۷۹: ۴۳-۶۲
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۹۱)، حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)، تهران: بنیاد حقوقی میزان
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۹۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۹)، اعمال حقوقی (قرارداد- ايقاع)، تهران: شرکت سهامی انتشار

- نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۵۷
- مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر حقوقی - شهریور ۱۹۱ (۱۳۹۳)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه
- میرزا نژاد جویباری، اکبر (۱۳۸۸)، «تأملی اجمالی بر مفهوم عرفی بودن حقوق قراردادها در حقوق موضوعه ایران»، فصلنامه حقوق، ۳۹: ۳۴۳ - ۳۶۵
- ب. عربی
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۰)، کتاب المکاسب، ج ۶، قم: باقری.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴)، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴)، تذکره الفقهاء، ج ۱۰، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۶۸)، کتاب البیع، ج ۵، قم: اسماعیلیان.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهه، ج ۷، قم: داوری.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۵)، مصباح الاصول، ج ۲، قم: مکتبه الداوری.
- الزحلی، وهبه (۲۰۰۸)، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، دمشق: دارالفکر
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، المرتضویه
- عاملی جبعی، زین الدین (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۳، قم: داوری
- عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۷)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹)، قواعد الفقهی، ج ۳ و ۵، قم: الهادی
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۵)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۳، تهران: دار الکتب الاسلامیه
- نوی، یحیی بن شرف (بی تا)، المجموع فی شرح المهذب، ج ۹، بیروت: دارالفکر

ج. انگلیسی

- Chen-Wishart, Mindy and Magnus, Ulrich (2013), **Termination, Price Reduction, and Damages**, In Dannemann, and Vogenauer, Stefan, **The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law**, Oxford: Oxford University Press
- Dedek, Helge & Schermaier, Martin J., (2012), **German Law in Encyclopedia of Comparative Law**, Edward Elgar Publishing
- Ernst, Wolfgang (2004), "New Rules of Breach of Contract in Germany", In John Bell, Bell; Dashwood, Alan; Spencer, J. R. and Ward, Angela, **Cambridge Yearbook of European Legal Studies** (2002-2003), Vol. 5, Oregon: Hart Publishing
- Heidemann, Maren (2007), **Methodology of Uniform Contract Law: The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice**, Heidelberg: Springer
- Henrik, Lando & Kaspere, Rose (2004), "On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries", **International Review of Economics and Law**, 24: 473- 487
- Jemielniak, Joanna (2014), **Legal Interpretation in International Commercial Arbitration**, Surrey: Ashgate Publishing
- Löwisch, Manfred (2003), "New Law of Obligations in Germany", **Ritsumeiken Law Review**, 20: 141- 156
- Markesinis, B. S & Unberath, Hannes & Johnston, Angus Charles (2006), **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**, Oregon: Hart Publishing
- McKendrick, Ewan & Cohen, Nili (2005), **Comparative Remedies for Breach of Contract**, Oxford: Hart Publishing
- Möllers, Tomas M. J. (2003), "European Directives on Civil Law-Shaping a New German Civil Law", **Tulane European & Civil Law Forum**, 18: 1- 37
- Oosterhuis, Janwillem (2011), **Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century**, Boston: Martinus Nijhoff Publishers
- Pieck, Manfred (1996), "A study of the Significant Aspects of German Contract Law", **Annual Survey of International and comparative Law**, 3: 111- 175

نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد... ۵۹

- Schlechtriem, Peter (2002), "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe", **Oxford University Comparative Law Forum**, (2016)  
<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml#fn1sym>
- Schwartz, Alan (1979), "The Case for Specific Performance", **The Yale Law Journal**, 89: 271- 306
- Shavell, Steven M. (2006), "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", **Texas Law Review**, 84: 831- 876
- Zimmermann, Reinhard (2007), **The Civil Law in European Codes**, In MacQueen, Hector L.; Vaquer, Antoni and Espiau, Santiago, **Regional Private Laws and Codification in Europe**, Cambridge: Cambridge University Press
- Zimmermann, Reinhard (2002), **Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations**, Rome: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero
- Zimmermann, Reinhard (2001), **Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today**, New York: Oxford University Press
- Zimmermann, Reinhard (1996), **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, New York: Oxford University Press
- Zumbansen, Peer (2005), **The Law of Contract**, In Zekoll, Joachim and Reimann, Matthias, **Introduction to German Law**, Hague: Kluwer Law International.