

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال یازدهم / شماره سی و نه / بهار ۹۴ / صفحات ۱۳۴-۱۱۷

بررسی فقهی و حقوقی اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران^۱

عباس مقدری امیری*

حکمت‌اله عسکری**

چکیده

در حقوق قراردادهای مهمترین مسأله اجرای بموقع تعهدات قراردادی است بطوریکه قواعد زیادی در زمینه نقض قرارداد وضع شده است در حقوق ایران بنابر نظر مشهور ساز و کار نظریه اجرای اجباری عین تعهد حاکم می‌باشد که اجرای آن گاه مشکلات و بی‌عدالتی‌هایی را بدنبال دارد که آن را از کارایی لازم بی- بهره می‌سازد حال با عنایت به اینکه این اصل استثنائات زیادی از جمله خیار تأخیر ثمن، تخلف از شروط ضمن عقد، خیار تفلیس، اجاره و مزارعه و ... را به خود دیده است آیا می‌توان در صورت نقض تعهد قراردادی این حق را برای طرف دیگر قائل بود که در انتخاب حق فسخ و اجرای عین تعهد مختار باشد؟ بنظر می‌رسد که با تمسک به منابع فقهی و قانون مدنی و در راستای هماهنگی با حقوق کشورهای توسعه- یافته و نظام حقوق تجارت بین‌المللی می‌توان پایگاه این حق انتخاب را تحصیل و تقویت نمود.

کلید واژه‌ها: تعهد، اجرای عین تعهد، نقض قرارداد، فسخ.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۶/۱۰

* گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران

** گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران hekmat_askari@iaushiraz.ac.ir

۱- مقدمه

در بدو امر و بر اساس پیشینه فقهی و حقوقی، منطقی آن است که وقتی قراردادی منعقد می‌گردد طرفین برای نیل به مقصود خویش باید در مقام ایفاء تعهدات خود برآیند و اگر طرفی از انجام تعهد خود سر باز زند بر اساس توافق انجام شده و یا بر اثر نیروی الزام آور ناشی از قواعد مقرر قانونی، اجبار گردد تا عین تعهد ملتزم شده را انجام دهد و حتی می‌توان پا را فراتر نهاد و بر اساس اجازه حاکم، متعهدله خود اقدام به انجام تعهد نماید و هزینه‌های آن به قهر از متعهد گرفته شود و یا اگر امکان انجام تعهد توسط شخص ثالثی باشد به هزینه متعهد، تعهد انجام شود و اگر این هم ممکن نبود متعهدله حق فسخ قرارداد می‌یابد (مواد ۲۳۹، ۲۳۸، ۲۳۷، ۲۲۲ قانون مدنی ایران). این راهکار به نظریه اجرای اجباری عین تعهد، موسوم و مشهور است که تمام هم آن، دستیابی طرفین عقد به آنچه که حین عقد بر آن توافق نموده‌اند، است. اجرای عین تعهد، اثر مستقیم اصل لزوم وفای به عقد در این نظریه است. در جهان اقتصادی و تجاری امروز، به هیچ وجه در همه اوضاع و احوال، اجرای عین تعهد مطلوب طرفین عقد نیست و چه بسیار اتفاق می‌افتد که متعهدله بعد از طی یک روند طولانی، اگر تنها به آنچه در عقد مورد توافق بوده برسد، بسیار زیان می‌کند.

با نگاهی دیگر و ریشه‌یابی علت جعل چنین راهکاری و طرح این نظریه از سویی و مواجهه‌بودن آن با مشکلات فراوان در روابط پیچیده اقتصادی و تجاری جهان امروز، می‌توان از این قاعده و نظریه مشهور دست برداشت و راه حل دیگری جست. این راه حل، راهی نوین در حقوق قراردادهاست که بدنبال آن کارایی ضمانت‌های اجرایی قراردادی نیز حفظ می‌گردد.

از طرفی نظریه اجرای عین تعهد، مناسب طبع تجاری نیست و تجار ترجیح می‌دهند در بسیاری از موارد به محض مواجهه با کوتاهی طرف معامله از آن صرف‌نظر کرده، کالای موردنیاز را از منبع دیگر خریداری کنند و یا به شخص دیگری بفروشند. سرعت، سهولت، بی‌دردسر بودن و حداقل کم‌هزینه‌بودن این روش نسبت به سایر روش‌ها به‌ویژه الزام به اجرای عین تعهد از طریق محاکم یا داوری یا اعطای وکالت به وکیل دعاوی و خصوصاً در دعاوی بین‌المللی امتیاز فراوان فسخ را به روشنی نشان می‌دهد.

نکته‌ی مورد بحث در این مقاله پاسخ به این سؤالات است که « چرا در حقوق ایران اجرای عین تعهد باید در درجه نخست ضمانت اجراها باشد؟ سؤال مهمتر اینکه آیا الزام به اجرای عین تعهد از قواعد آمره محسوب می‌گردد؟ آیا اجرای عین تعهد در همه احوال کارآمد و مفید است؟ عبارت دیگر آیا الزام به اجرای

عین تعهد در حقوق ایران در تمامی اوضاع و احوال بحال طرفین قراردادی و جامعه مفید و کارآمد است؟»
سؤالات فوق در واقع همان خلاءها و ابهامات موجود در حقوق ایران است که پاسخ روشن به هر یک از
آنها بسیاری از دغدغه‌های عصر حاضر را مرتفع می‌سازد. در پایان، کوشش خواهد شد تا با تحلیل اصول
حقوقی، مشخص گردد که آیا فسخ قرارداد توسط متعهدله دارای وجه حقوقی است؛ یا نه؟

۲- اجرا در فقه امامیه

قواعد عمومی اجرای تعهد در حقوق ایران متأثر و یا به عبارتی دقیق‌تر- مأخوذ از فقه اسلامی است
لذا ضروری است ابتدا دیدگاه فقه اسلامی را در این زمینه مطرح نموده و سپس مسأله را در حقوق ایران
مورد بحث قرار دهیم.

در فقه با توجه به ادله صحت و لزوم عقد و التزام به مفاد آن از قبیل آیه اوفوا بالعقود (مانده، ۱) و
حدیث المؤمنون عند شروطهم تعهدات چه مستقل یا تبعی و ضمن عقد، نسبت به متعهد و مشروط علیه را
واجب الوفاء می‌داند (گرجی، ۱۳۷۲، ۱، ۴۲). تا به جایی که گفته‌اند «ان وجوب الوفاء بالشرط تکلیفاً لم ینکره
احد» یعنی کسی منکر لزوم وفای به عهد نشده است (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۳، ۵۰۶).

در وجوب وفا به عهد و شرط، به سبب اجماع و اتفاق نظر علما نکته مبهم و قابل بحثی وجود ندارد و
بحث اصلی پیرامون این مسأله است که آیا صرف امتناع متعهد از انجام تعهد، موجد حق فسخ برای متعهد
است یا خیر؟ عبارت دیگر آیا در صورت وجود امکان اجبار برای مشروط له، حق فسخ نیز همزمان وجود
دارد؟ و مشروط له در انتخاب بین فسخ و اجبار مخیر است؟ یا اینکه صرفاً زمانی می‌تواند حق فسخ خود را
اعمال کند که برای وی امکان اجبار مشروط علیه وجود نداشته باشد؟ در پاسخ به این پرسش دو نظر
متفاوت از سوی فقهاء ابراز گردیده است که ذیلاً از نظر خواهد گذشت.

الف: نظر مشهور فقها بر آن است که در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، بطور مطلق حق فسخ
برای متعهدله ایجاد نمی‌کند بلکه وفا به عهد و شرط به دلیل افاده عام از عموماًت "اوفوا بالعقود" و
"المؤمنون عند شروطهم" بر متعهد و مشروط علیه واجب است (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ۳، ۱۹۱؛ خراسانی،
۱۳۶۹، ۱۲۰؛ نجفی، ۲۳، ۱۳۶۵، ۲۱۹؛ شهید اول، ۱۳۸۵، ۲، ۱۵۲؛ نجفی خوانساری، ۱۴۲۱، ۲، ۲۵۱).

از طرفی در فقه اسلامی تشریح خیار(حق اختیار فسخ) صرفاً به دلیل دفع ضرر است در صورتی که
طریق دیگری برای جبران ضرر وارده وجود نداشته باشد و با وجود چاره‌ای برای دفع ضرر از متعهدله،

موجبی برای پیدایش خیار فسخ بوجود نمی‌آید یعنی هنگامی که راه اجبار به انجام عین تعهد وجود دارد نیازی به استفاده از حق فسخ احساس نمی‌شود (انصاری، ۱۳۷۵، ۲۸۵).

در تأیید این نظریه نیز بر این نکته تأکید شده است که در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، بیع عقدی تملیکی است؛ یعنی به صرف ایجاب و قبول، برای بایع - نسبت به ثمن - و برای مشتری - نسبت به مبیع - ملکیت به وجود می‌آید (بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) بدین ترتیب، در عقود تملیکی، تعهدی وجود ندارد تا در فرض تخلف از آن، بحث امکان فسخ قرارداد مطرح باشد. تعهد تسلیم مبیع و پرداخت ثمن نیز، مستقیماً ناشی از عقد بیع نیست؛ بلکه بدین جهت است که هرکس مکلف است مال دیگری را که در اختیار دارد، به صاحبش برساند. بنابراین، تعهد به تسلیم و پرداخت، امری خارج از قرارداد بیع است؛ و تخلف از آن، بیع را در معرض تزلزل قرار نخواهد داد. بنابراین در نتیجه، در صورت امتناع فروشنده از تسلیم کالا و یا امتناع خریدار از پرداخت ثمن، متعهدله فقط حق دارد اجبار متعهد را درخواست کند (انصاری، ۱۴۲۵، ۵، ۲۸۵).

به نظر می‌رسد که به این استدلال، انتقادی وارد است؛ نخست اینکه اخص از مدعی است؛ زیرا همه صور عقود معوض تملیکی نیست؛ در بسیاری از موارد، دو طرف قرارداد تعهداتی را در قبال طرف دیگر به عهده می‌گیرند؛ بدون اینکه مال معینی، موضوع معامله قرار گیرد. حتی در عقد بیع، وقتی موضوع قرارداد «کلی فی الذمه» است، عقد یک قرارداد تملیکی نیست؛ بلکه قراردادی عهدی است که مستقیماً ایجاد تعهد می‌کند؛ این تعهد نیز رأساً از خود عقد ناشی می‌شود و نمی‌توان آن را به امور خارج از قرارداد مربوط دانست؛ وانگهی، این ادعا که تعهد به تسلیم کالا و پرداخت ثمن، ارتباطی به عقد بیع ندارد، صحیح نیست؛ زیرا تعهد به تسلیم و پرداخت، یا ناشی از شرط ضمنی عقد است و یا ناشی از اقتضای خود عقد بیع؛ نمی‌توان این تعهدات را، امری خارج از قرارداد تلقی کرد (توحیدی، ۱۳۷۱، ۷، ۵۹۵).

شیخ مرتضی انصاری در این خصوص جمله معروف زیر را بیان داشته است (انصاری، ۱۳۷۵، ۲۸۵).
 «لا نعرف مستنداً للخیار مع التمكن بالاجبار» یعنی با وجود قدرت بر اجبار، مستندی برای پیدایش خیار فسخ سراغ نداریم.

با توجه به دلایل یاد شده، نظر مشهور فقها امامیه بر آن است که حق فسخ در طول حق الزام و اجبار به انجام تعهد است و نه در عرض آن، یعنی اولویت با اجبار تعهد است و فقط با تعذر از اجرا یا عدم امکان اجرای تعهد است که حق فسخ برای متعهدله ایجاد می‌گردد. صاحب جواهر این مطلب را به نحو

مؤکدی بیان فرموده است: " اگر بر ثبوت خیار در هنگام تعذر از اجبار به انجام تعهد اجماع وجود نداشت و اگر حدیث لاضرر نبود، ممکن بود که نظریه ایجاد حق فسخ در حال تعذر از اجبار نیز اساساً و بکلی نفی گردد" (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹).

بعلاوه، خیار امری خلاف قاعده است و باید به مورد متیقن بسنده کرد. لذا احکام خیار در فرض امکان اجبار مشروط علیه مورد تردید است. نیز آنکه مدرک خیار، اجماع است و اجماع دلیل لَبّی^۱ است و باید به قدر متیقن آن عمل شود و قدر متیقن جریان حکم خیار در فرض عدم قدرت بر اجبار است. خلاصه این که، مشهور فقهای اسلامی را عقیده بر این است که قرار داد باید تا نهایت امکان اجرا شود و اگر اجرا به جهتی از جهات ناممکن شد حق فسخ به وجود می‌آید.

ب: نظر برخی از فقها (علامه حلی، بی تا، ۱۱۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ۲، ۲۷۹؛ خمینی، ۱۳۶۳، ۵، ۲۲۰؛ مقدس اردبیلی، ۱۳۷۷، ۳، ۵۰۷). این است که مشروط له حتی در صورت قدرت بر اجبار ممتنع، می‌تواند عقد را فسخ نماید. زیرا خودداری از اجرای شرط و یا تعهد، عقد را در معرض زوال قرار داده و این امر سبب ایجاد حق فسخ برای متعهدله می‌گردد. پس هنگامی که طرف قرارداد از اجرای تعهد یا شروط امتناع نماید متعهدله حق دارد اجبار او را به انجام عین تعهد از محکمه خواستار شده و یا عقد را فسخ نماید. در این نظر، عقیده بر آن است که ضرر وارده بر متعهدله از ناحیه عدم انجام تعهد از دو طریق موازی قابل تدارک است که هیچیک بر دیگری رجحانی ندارد و این متعهدله است که حق دارد طریق انفع به مال خود را برگزیند.

این گروه از فقها اولاً استدلال می‌نمایند که پیدایش خیار فسخ به سبب امتناع مشروط علیه از انجام شرط یا عهد است نه به خاطر عدم امکان انجام تعهد ولو بالاجبار. لذا اگر متعهد به اختیار خود مورد تعهد را به اجرا نگذارد موضوع خیار محقق گشته و همین امر سبب حق فسخ برای مشروط له می‌گردد. در نظر این عده التزام مشروط له به انجام معامله تا زمانی است که مشروط علیه نیز به آن ملتزم باشد و اگر او از این التزام سرباز زند دیگر التزامی برای مشروط له باقی نمی‌ماند و مشروط له مخیر به فسخ یا نفوذ معامله می‌گردد و این حق یعنی اختیار فسخ، منافاتی با حق دیگر او یعنی اجبار مشروط علیه به واسطه اشتراط

۱- دلیل لَبّی دلیلی است که از نوع الفاظ نیست، مانند اجماع، سیره، بناء عقلاء و مانند آن در برابر دلیل لفظی همچون خبر. دلیل لَبّی اطلاق و عموم ندارد و به قدر متیقن از مفاد آن اخذ می‌شود (محمدی، ۱۳۷۹، ۱۸۹).

ندارد بلکه مشروط له هر دو حق را در عرض یکدیگر دارا می‌گردد. حق فسخ را به سبب تخلف از شرط و حق اجبار به انجام عین تعهد را به سبب اشتراط. از این رو مشروط له مخیر در فسخ عقد یا اجبار مشروط علیه در انجام شرط یا تعهد است (خمینی، ۱۳۶۳، ۵، ۲۲۰).

ثانیاً منشأ ضرر در لزوم عقد وقتی که مشروط علیه از انجام شرط امتناع می‌ورزد، عدم ایجاد شرط است و این ضرر به مجرد امکان اجبار مشروط علیه توسط مشروط له رفع نمی‌شود. هنگامی که مشروط له از مشروط علیه مطالبه وفا به شرط را می‌کند ولی او امتناع می‌ورزد، لزوم عقد در این زمان ضرری است و باید طبق مفاد «اصل لاضرر» مرتفع شود و امکان اجبار مشروط علیه در حکم قوه امکان رفع ضرر است، نه اینکه ضرر را رفع کند پس باید فسخ در عرض اجبار باشد تا ضرری از باب لزوم عقد به مشروط له متوجه نشود (اصفهانی، ۱۳۷۹، ۱، ۱۹۱).

صاحب جواهر، بدون نقد و مخالفت از بعضی از فقها چنین نقل می‌کند: «ظاهر اقوال فقها این است که هرگاه در عقد لازمی، یکی از طرفین عملی منافی با حقی انجام دهد که طرف دیگر توسط عقد مزبور کسب کرده، شارع براساس قاعده «لا ضرر و لا ضرار»، برای طرف دیگر حق فسخ مقرر کرده است و عقد از جهت او جایز شده، تا بدین وسیله ضرر او دفع شود» (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۷، ۸۰).

به‌عنوان مثال؛ اگر مشتری از پرداخت ثمن خودداری کند، این عدم پرداخت با حقی که بایع، در ازای عقد بیع، به عهده مشتری پیدا کرده، منافات می‌یابد. بنابراین به دلیل قاعده «لا ضرار»، عقد بیع نسبت به بایع جایز می‌شود؛ تا بتواند معامله را فسخ کرده و خود را از ضرری که ناشی از پای‌بند بودن به عقد است، رها سازد.

ثالثاً اگر به عرف مراجعه کنیم در می‌یابیم که بنای ایشان هنگام تخلف از شرط، عدم لزوم است، یعنی اینکه وقتی مشروط علیه از شرط تخلف کرد، مشروط له مخیر است به اینکه به لزوم عقد پایبند بوده، در صورت امکان اجبار مشروط علیه را به انجام شرط بخواهد و یا اینکه ملتزم به عقد نباشد و آن را فسخ کند (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۷، ۱۲۸).

این قول اگرچه با ادله صحت و لزوم عقد سازگار نیست ولی بیشتر می‌توان به وسیله آن نظم اجتماعی را حفظ و به حقوق فردی احترام گذارد زیرا از یک طرف چنانچه مشروط علیه با علم به آنکه اگر عمل به شرط ننماید مشروط له می‌تواند عقد را برهم زند، از ایفاء تعهد و شرط امتناع نماید، کشف می‌گردد که

مشروط علیه نیز مایل به فسخ عقد بوده و بدین جهت با فسخ عقد به حقوق هیچیک از آن دو ضرری وارد نخواهد شد.

از طرف دیگر ملاحظات عملی و رشد تولید در عصر حاضر سبب گردیده که حق فسخ و اخذ خسارت راه ساده‌تر و سریعتری برای احقاق حقوق متعهد له باشد و از اینرو استفاده از این شیوه منطقی به نظر می‌رسد.

التهایه روشن شد که مسأله در فقه امامیه اجماعی نیست و به نظر می‌رسد حتی شهرتی در مورد هیچ یک از دو نظری که ارائه شده است وجود ندارد و موضوع کاملاً اختلافی و قابل بحث است. بنابراین تبعیدی نسبت به نظریه اجرای اجباری عین تعهد وجود ندارد و از آنجا که موضوع در حوزه امور عقلایی است و شارع نیز رفتار و اعمال عقلاء را در این امور امضاء نموده‌اند باید بررسی کرد بنای عقلاء در رفتار معاملاتی خود نسبت به نقض قرارداد چیست؟ آیا اجرای اجباری عین تعهد مطابق مصالح متعهد و متعهدله و نظم عمومی اقتصادی و اجتماعی جامعه است؟ تأثیر شرایط و اوضاع و احوال پیرامونی قرارداد، در مقتضای بنای عقلاء نسبت به نقض قرارداد چه اندازه است؟ چالش‌ها و مشکلات فراروی نظریه اجرای اجباری عین تعهد در جهان اقتصادی و تجاری امروز کدام است؟

اصولاً مطابق توافق انجام‌شده اجرای عین قرارداد مقصود طرفین عقد است و عقل آدمی بر آن حکم می‌کند و بنای عقلاء هم بر آن مستقر است در هیچ یک از مقررات نظام‌های حقوقی هم، آن نفی نشده است آنچه محل نزاع و اختلاف است در مورد اطلاق استفاده از این ساز و کار در همه موارد نقض است آنهم به ترتیب اولویتی که در نظریه اجرای اجباری عین تعهد ذکر شد.

در باب خيارات قابل توجه آنکه برخی خیراتی که در فقه بدان تصریح شده (خيار مجلس، حیوان و ...) پشتوانه آنها ادله خاص است برخی دیگر تحت حمایت ادله عام همچون بنا عقلاء، نفی ضرر، نفی عسرو حرج، المومنون عند شروطهم و ... هستند. نگاه کوتاه به خيارات مصرح، بیانگر آنست که در بسیاری از مواردیکه نقض اساسی تعهدات محقق گردد از موجبات حق فسخ در فقه محسوب می‌شوند.

از طرفی این امکان وجود دارد که بسیاری از خيارات مصرح و غیرمصرح تحت عنوان خيار تخلف از شرط اعم از صریح یا ضمنی قرار گیرند مثلاً خيارات عیب، غبن، تأخیر ثمن و ... از مصادیق خيار تخلف شرط ضمنی سلامت مبیع، بهای معتدل، عدم تأخیر ثمن و ... تلقی شوند (انصاری، ۱۳۷۵، ۳۰۱؛ خوبی،

۱۳۷۱، ۲، ۱۵۲). لذا از این جهت نیز می‌توان نوعاً مواردی را که در حقوق ایران با نقض اساسی تعهدات توصیف می‌شوند تحت عنوان کلی تخلف شرط و خيار آن قرار داد.

فقهها تصریح دارند که شرط کردن در معاملات و نیز تخلف از آن امری عقلایی است و در صورت تخلف از شروط عقلایی دو امر متحقق می‌شود یکی حق الزام به اجرا و دیگری حق فسخ قرارداد بدون آنکه دومی فرع بر اولی باشد(خمینی، ۱۳۶۳، ۵، ۴۴۱). بنابراین هرگاه تعهدی بطور صریح یا ضمنی مورد توافق طرفین قرار گیرد در صورت نقض موجب دو حق فسخ و الزام به اجرا خواهد شد بدون آنکه یکی بر دیگری مقدم باشد لذا قید عدم امکان الزام به اجرا برای تحقق حق فسخ، هیچ مبنای فقهی (و عرفی) ندارد. حال اگر فرض نماییم موردی از نقض تعهد وجود داشته باشد که نتواند تحت یکی از اقسام اختیارات مصرح از جمله تخلف شرط قرار گیرد آیا طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت یا خیر؟

در پاسخ باید بدانیم که اولاً عناوین اختیارات توقیفی از سوی شارع مقدس نیستند تا بتوان تعداد آن را تغییر داد و تفاوت تعداد عناوین اختیارات در کتب فقهی خود دلیل آنست که ایرادی نخواهد بود که بتوان موردی را با اسم یا بدون اسم به عناوین موجود افزود.

ثانیاً برای ثبوت خيار همواره دلیل خاص لازم نیست یعنی به صرف وجود دلیل عام نیز گاه ممکن است اختیارات محقق گردد مانند خيار غبن با وجود آنکه از جمله اختیارات مصرح است اما به استناد ادله عام از جمله لاضرر، شرط ضمنی در عقد، بنا عقلاء و ... مورد پذیرش فقها قرار گرفته است. (نجفی، بی تا، ۱۲، ۸۶۲).

اینکه در فرضی که فروشنده‌ای کالای مورد معامله را در موعد توافق شده تسلیم ننموده و یا متعهدی که مکلف به ارائه ی خدمتی در تاریخ معینی بوده است، به عهد خویش وفا نکرده است و یا بنا بر اجرا نیز ندارد، دلیل معتبر وجود ندارد که متعهدله را از حق فسخ محروم بدانیم یا آن حق را منوط و مقید به عدم امکان الزام به اجرا از طریق دادگاه گردانیم. این قید، مبنا و منشاء شرعی ندارد و اصل بر عدم آن است، ضمن آنکه مورد پذیرش یا معمول قاطبه‌ی عقلاء نیز نیست کما اینکه در حقوق سایر کشورها و حقوق تجارت بین‌الملل و عرف مردم در معاملات جاری آنان به‌گونه‌ای دیگر عمل می‌شود.

اگر ادله عامه موجب ثبوت اختیارات در موارد کم‌اهمیت‌تر(موارد معنون) می‌شوند، به طریق اولی برای عدم انجام تعهد یا تأخیر غیرقابل اغماض نزد عرف، چنین حقی را ایجاب می‌نمایند.

این نکته نیز از نظر دور نیست که گاه علی‌رغم تخلفات صورت گرفته هنوز ممکن است مورد تعهد برای متعهدله مطلوبیت اصلی را داشته و متعهد نیز برای انجام آن سرمایه‌گذاری کرده و مقدماتی مهم را فراهم کرده باشد. در این صورت قول مطلق به حق فسخ برای متعهدله، بر طرف دیگر موجب عسر و حرج و خسارت نامتعارف برای متعهد خواهد شد که این نیز مطابق قواعد گفته شده منتفی است.

در جمع موارد فوق‌الذکر می‌توان گفت که اولاً حق فسخ برای متعهدله در صورت نقض اساسی قرارداد از سوی متعهد وجود دارد و مقید به عدم امکان الزام به اجرا یا قیود دیگر نیست و ثانیاً این حق تنها وقتی می‌توان منتفی باشد که ضمن ایجاد ضرر و عسر و حرج برای متعهد، وی بتواند تعهداتش را علی‌رغم تخلفات جزئی، به نحوی که مطلوبیت اساسی برای متعهدله داشته باشد، انجام دهد (که در این صورت از وصف نقض اساسی نیز خارج می‌شود) و ثالثاً هرگاه تزاممی در اجرای ادله عامه برای طرفین قرارداد پیش‌آید، ترجیح با متعهدله خواهد بود، زیرا که وی به هر حال قصوری نداشته است و رابعاً اگر عدم یا تأخیر در اجرای تعهدات به سبب موارد تعذر (قوه قاهره) بوده باشد مسأله تابع احکام مورد مزبور بوده و از بحث جاری ما خارج خواهد بود.

به این نکته نیز اشاره کنیم که قول به تقدم الزام نسبت به حق فسخ نه تنها همواره به نفع متعهد نیست که گاه برعکس برای او بسیار دشوارتر از تحمل فسخ قرارداد است. حق الزام ممکن است حربه‌ای در دست متعهدله قرار گیرد تا در حالی که می‌تواند نیاز خود را از محل دیگری تأمین کند، متعهد را به زیان و عسر و حرج نامتعارف بیندازد و چه بسا حاکم به چنین درخواستی ترتیب اثر ندهد زیرا که لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام ...

۴- اجرا در حقوق ایران

با توجه به اینکه حقوق ایران، حقوق نوشته است لذا قرارداد و اراده متعاقدین در این سیستم حائز اهمیت خاص بوده و اجرای تعهد که منظور اصلی متعاقدین از انعقاد عقد است با توصل به شیوه اجبار به انجام عین تعهد مورد حمایت قرار گرفته است و از طرفی تأثیر نظر مشهور فقهای شیعه بر این نظام باعث شدت کاربرد این طریقه گردیده است به نحوی که شیوه اجبار در صورت امکان، چاره اولیه و انحصاری نقض تعهد به حساب می‌آید. مطابق اصل لزوم عقود و قراردادهای تعهدات متقابل جز به تراضی از بین نمی‌رود و فسخ راه حلی استثنایی است. ماده ۲۱۹ قانون مدنی در این رابطه چنین مقرر می‌دارد: «عقودی

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

مطابق قاعده لزوم تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد به مفاد آن امکان‌پذیر باشد دلیل موجهی برای فسخ عقد وجود ندارد بنابراین در موارد تردید و شک باید «اصل لزوم» جریان یابد؛ یعنی در مواردی که اجبار توسط حاکم امکان دارد نمی‌توان نظر بر حق خیار داد.

بنابراین ضمانت اجرای طبیعی تخلف از وفای به عهد الزام متخلف است نه فسخ عقد. هر چند در جایی که اجرای مفاد عقد به هیچ طریق قانونی قابل اجبار نباشد چاره‌ای جز فسخ عقد و اخذ خسارت باقی نمی‌ماند.

قاعده کلی اجبار به انجام عین تعهد را قانون مدنی در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹، ۳۷۶ و ۴۷۶ بیان می‌کند. ماده ۳۷۶ ق.م. مقرر میدارد: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود». متن قانون فوق جواب سئوالات زیر را نداده است:

۱- آیا الزام به اجرای عین تعهد یک ضمانت اجرا کلی در همه موارد نقض تعهدات قراردادی است؟
 ۲- اگر چنین است، مبنای اساسی اینکه الزام به اجرای عین تعهد بعنوان ضمانت اجرا کلی است چه می‌باشد؟

۳- آیا خریدار متضرر حق دارد از فروشنده تحویل بدل یا تعمیر نقص در مورد تسلیم معیوب را بخواهد؟ اگر چنین است، تحت چه اوضاع و احوالی می‌تواند انجام دهد؟

۴- در این رابطه، آیا هیچ تفاوتی میان بیع عین معین و کلی فی الذمه وجود دارد؟

۵- نهایتاً هیچ محدودیتی در اجرای ضمانت اجرای عین تعهد وجود دارد؟

در خصوص سئوالات فوق الذکر، آرای قضایی اندکی وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۳، ۲۶۴). فقها نیز ضمانت اجراها را بطور مفصل بررسی نکرده‌اند. در فقه اکثراً بر اوضاع و احوال در زمانیکه قرارداد توسط یکی از طرفین بعنوان ذوالخیار، فسخ میشود تأکید شده است (امامی، ۱۳۷۵، ۱، ۲۸۹).

ماده ۳۷۶ اختصاص به بیع ندارد و قانونگذار احکام کلی عقد را معمولاً به جهت غلبه در عقد بیع بیان می‌دارد و لذا در هر عقد و قراردادی به صرف امتناع از تسلیم یا انجام مورد تعهد برای متعهدله حق خیار ایجاد نمی‌گردد بلکه متعهدله باید بدواً به دادگاه مراجعه و متعهد را وادار به اجرای تعهد نماید و در صورت تعذر است که خیار فسخ برای متعهدله ایجاد می‌گردد.

نکته دیگر اینکه حکم ماده ۳۷۶ ق.م. فقط ناظر به تأخیر در تسلیم نیست بلکه کلیه موارد و مصادیق عدم انجام تعهد نظیر نقض قرارداد یا تسلیم ناقص و یا تسلیم چیزی غیر از موضوع تعهد را نیز در بر می گیرد و حتی تعهد به دادن اطلاعات لازم جهت بهره برداری از موضوع قرارداد را نیز بعضاً شامل می گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ۱، ۸۰).

علاوه بر ماده ۳۷۶ ق. م. ملاک مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ و ۴۷۶ ق.م. نیز موید اولویت و انحصاری بودن چاره اجبار به انجام عین تعهد در صورت امکان آن می باشد. مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ در حقیقت ترتیب و نحوه اجرای تعهد تا مرحله استنکاف و جعل خیار فسخ را نشان می دهد. ماده ۲۳۷: «... کسی که ملتزم به انجام شرط شده باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط نماید».

ماده ۲۳۸: «هر گاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند».

ماده ۲۳۹: «هر گاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت».

ماده ۴۷۶: «موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع، موجر اجبار می شود و در صورت تعذر اجبار، مستأجر خیار فسخ دارد».

با عنایت به مواد و مطالب یاد شده مشخص می گردد که در حقوق ایران قاعده کلی و چاره اولیه نقض قرارداد، اجبار متعهد به انجام عین تعهد است و خیار فسخ راه حلی استثنایی است که به عنوان چاره ثانویه مورد استفاده قرار می گیرد و تا زمانی که اجبار متعهد به انجام تعهد از طرق قانونی امکان پذیر باشد نه متعهدله حق درخواست فسخ معامله را دارد و نه دادگاه اجازه چنین کار و اعلام آن را دارد. البته در این گونه موارد نمی توان سایر شرایط قرارداد را نادیده گرفت و به صرف اینکه راه حل اولیه در حقوق ایران، تنها اجبار است حقوق متعهدله را در توجه و تحقق شروط دیگر از بین برد. معمولاً در قراردادها شرایطی را در خصوص عدم انجام تعهد بر علیه متخلف در نظر می گیرند که اگر یک طرف به تعهدات خود اعم از انجام فعل، ترک فعل یا حتی پرداخت وجه و یا تحویل مبیع در زمان معین خودداری ورزید ضمانت های اجرایی بمنظور تنبیه یا جبران خسارت و یا حتی به منظور جلوگیری از ورود خسارت پیش بینی می شود (رنجبر، ۱۳۸۷، ۱۳۸). پر واضح است که در این خصوص، شرایط قرارداد بر قاعده عمومی برتری پیدا

می‌کند و راه حل اجبار یا به طور کلی منتفی شده و یا تعدیل می‌گردد. البته قانون مدنی ایران بدنبال مواد فوق‌الذکر، شرایط دیگری را که ممکن است در قرارداد ایجاد شود در نظر نگرفته است. چنانچه انجام فعل مشروط از ابتدا نامقدور بوده یا بعداً معلوم گردد که امکان‌پذیر نیست و یا اینکه انجام شرط مذکور نه به هزینه ملتزم توسط متعهدله یا شخص ثالث امکان دارد و نه متعهد حاضر به انجام آن است، مبدأ زمانی اعمال حق فسخ در فروض بالا را مشخص ننموده است فقط به لحاظ اصول حقوقی و عقلی می‌توان جواز اعمال حق فسخ را تأیید کرد که البته مبدأ آن نیز مورد مناقشه است. آیا به صرف ابلاغ اجرائیه به متعهد و گذشت مهلت ده روزه اجرا، مشروعیت اعمال فسخ را ثابت می‌کند یا اینکه به طرق دیگر باید عدم اجرا ثابت شود. اگر متعهد مجهول‌المکان بود یا اینکه به وی ابلاغ واقعی نشد، اعمال فسخ از چه زمانی مجاز خواهد بود.

روح قانون در بسیاری از قراردادها و عقود دلالت بر فسخ دارد با نگاهی به مبحث خيارات به نکته ظریفی پی خواهیم برد. برای مثال، در جایی که موضوع اجرای تعهد، پرداخت پول (ثمن) باشد با رعایت شرایط مقرر در مواد ۴۰۲ تا ۴۰۹ قانون مدنی، بدون نیاز به اجبار متعهد می‌توان قرارداد را فسخ نمود. ماده ۴۰۲ اشعار دارد «هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم نماید و نه مشتری ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله می‌شود» و همینطور چنانچه مواردی بعنوان شرط در ضمن قرارداد آورده شده باشد و مشروط علیه از انجام آن شروط امتناع ورزد به مشروط له این اختیار داده می‌شود با توجه مصلحت قراردادی خویش به استناد خيار تخلف از وصف و شرط بدو قرارداد را فسخ نموده و میانبری برای رسیدن به مقصود خود پیدا نماید.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر در مثالی تعهد سازنده در ساخت آپارتمان در زمین متعهدله در زمان محدود و معین باشد. حال اگر سازنده در مدت مورد نظر ساختمان را نسازد و یا به طور کل شروع به ساخت ننماید آیا می‌توان به استناد قاعده کلی حقوق ایران (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) اجبار متعهد را بخواهیم؟ نمی‌توان قاطعانه جواب مثبت دهیم زیرا:

اولاً تعیین زمان برای اجرای مفاد قرارداد برای طرفین مهم بوده است و انجام تعهد در خارج از زمان معین، نیاز به توافق و اراده جداگانه ای دارد که در این صورت ابتکار عمل در اختیار متعهدله قرار می‌گیرد

بعبارت دیگر عمل و زمان بعنوان مقید و قید، بصورت وحدت مطلوب مورد قرارداد واقع می شود و عمل خارج از زمان خاص، هرگز مطلوب و مورد تعهد نیست (شهیدی، ۱۳۸۲، ۳۵).

ثانیاً اجرای ماده ۲۳۸ و ۲۳۹ نیز با حقوق متعهدله سازگار نیست چه اینکه اگر بپذیریم به هزینه ملتزم، تعهد را به وسیله شخص ثالث و یا حتی متعهدله انجام دهیم در حالی که هزینه انجام تعهد را متعهد پرداخت نمی کند پس دیگر راهی برای اجبار باقی نمی ماند و اگر هم هزینه را متعهدله از طرف متعهد پرداخت کند نقض غرض پیش آمده و مالک زمین که به خاطر عدم توان مالی، ساخت را به دیگری واگذار کرده به حساب متعهد از جیب خود باید هزینه نماید و سود آن در کام متعهد متخلف ریخته شود این در حالی است که بیشترین زحمتی که چنین متعهدی کشیده است، امضاء قرارداد بوده است بعبارت دیگر در اینصورت متعهدله نمی تواند متعهد را در خارج از زمان، ملزم به انجام تعهد کند و تنها اقدامی که برای متعهدله ممکن است، مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد است.

البته جای طرح این مطلب وجود دارد که در زندگی معاصر و مشکلات مراجعه به دستگاه قضایی و تطویل دادرسی چه بسا برای متعهدله رجوع به حاکم مستلزم تحمل زیان باشد، در چنین مواردی چه باید کرد؟ آیا باز هم متعهدله ملزم است که نخست به دستگاه قضایی مراجعه و در فرض عدم امکان اجبار توسط دادگاه «حق فسخ» مطرح می شود؟

قبول این امر اندکی قابل تحمل است، زیرا چگونه می توان متعهدله را به تحمل ضرر ناشی از مراجعه و ترجیح آن بر «حق فسخ» تکلیف کرد؟

با توجه به مبنای خیار که بنای عقلاء است می توان گفت: در چنین مواردی «حق فسخ» در عرض «حق اجبار» قرار می گیرد و اصرار بر ترتیب میان این دو فاقد وجاهت قانونی است.

۴- انحراف از قاعده

بر قاعده لزوم عهد و اجبار به اجرای تعهد استثنائاتی در قانون وارد شده که به قرار ذیل می باشد:

۴-۱- عدم تأدیه ثمن

ماده ۳۹۵ ق.م. یکی از نادر مواردی است که فسخ قرارداد را در مورد تخلف از اجرای مفاد عقد بدون توسل به چاره اولیه اجبار به انجام و اجرای تعهد مجاز دانسته است این ماده چنین مقرر می دارد:

«اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجع به خیار تأخیر ثمن، معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد».

ماده ۴۰۲ ق. م. نیز در همین مورد آورده: «هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متعاملین 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.»

۴-۲- عدم توانایی در پرداخت ثمن (خیار تفلیس)

مورد دیگری که قانونگذار به فروشنده حق داده معامله را، به علت عدم پرداخت ثمن، فسخ کند، موردی است که در لسان فقهاء (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۳۱۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ۱۰۷، ۲) به «خیار تفلیس» شهرت دارد؛ ماده ۳۸۰ قانون مدنی، در این خصوص مقرر می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند». همچنین طبق ماده ۵۳۳ قانون تجارت، فروشنده در صورتی حق دارد از تسلیم امتناع کند که کالا، نه به خود تاجر ورشکسته و نه به کسی دیگر که به حساب او بیاورد، تسلیم نشده باشد. سابقه فقهی ماده ۳۸۰ قانون مدنی، به‌طور روشن بیان می‌کند که منظور از عبارت «حق استرداد»، این است که مشتری حق دارد معامله را فسخ نماید (عسکری، ۱۳۹۰، ۱۹۰) چنانکه ماده ۵۳۳ قانون تجارت نیز که از امتناع تسلیم مال التجاره سخن به میان آورده، دلالت بر ایجاد حق حبس ندارد؛ زیرا تاجر ورشکسته از ادای دیون خود متوقف شده است و قانونگذار نیز برای فروشنده این امتیاز را قائل شده که بتواند معامله را فسخ کرده و خود را از اجرای قرارداد-که همان تسلیم کالا است- آزاد کند. از این دو ماده نتیجه می‌گیریم که در صورت افلاس یا ورشکستگی خریدار و عدم پرداخت ثمن، فروشنده حق دارد معامله را فسخ کند؛ و نتیجتاً اگر کالا تسلیم نشده باشد، از تسلیم خودداری کند و اگر کالا تسلیم شده باشد، در صورت افلاس مشتری، حق استرداد کالا را خواهد داشت. هرچند این دو ماده اختصاص به بیع دارد، به نظر می‌رسد که بیع خصوصیتی نداشته و همان‌طور که فقهاء نیز تصریح کرده‌اند، خیار تفلیس مختص بیع نیست؛ و در بقیه عقود معوض مثل اجاره، صلح معوض و قرض ممکن است راه پیدا کند (فخر المحققین، ۱۳۶۳، ۲، ۷۲؛ رشتی، بی‌تا، ۸۸؛ خمینی، ۱۳۹۰، ۲، ۲۰) بدین ترتیب، عنوان بیع در ماده ۳۸۰ قانون مدنی، فقط نمونه‌های اعلی و اجلای عقود معوض است؛ و به هیچ عنوان اختصاص به بیع ندارد. بنابراین، در صورتی که

مشتری از پرداخت ثمن خودداری کند، فروشنده، طبق شرایط خيار تأخیر ثمن یا با تمسک به خيار تفلیس، می‌تواند معامله را فسخ کند. البته، باتوجه به اینکه این اختیارات منوط به تحقق شرایط خاصی است، نمی‌توان از آنها حکمی کلی در خصوص ایجاد حق فسخ در صورت عدم پرداخت ثمن، بدست آورد؛ و چه بسا از ذکر این شروط استظهار شود که عدم پرداخت ثمن، اصولاً موجب ایجاد حق فسخ برای فروشنده نمی‌شود و براساس آن تنها می‌شود اجبار خریدار را به پرداخت ثمن درخواست کرد.

۴-۳- بیع از روی نمونه

از موارد دیگر که متعهدله مجبور نیست که اجبار متعهد را خواستار شود حکم مذکور در ماده ۳۵۴ قانون مدنی است: «ممکن است بیع از روی نمونه بعمل آید در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود والا مشتری خيار فسخ خواهد داشت».

عده‌ای با لحاظ قراردادن اطلاق و ظاهر ماده حکم آن را ناظر بر عین کلی و عین معین هر دو جاری می‌دانند (عدل، ۱۳۵۴، ۴۴۱) برخی دیگر معتقدند که این ماده ناظر به هر نوع مبیعی نیست بلکه فقط در مورد مبیع معین کاربرد دارد (امامی، ۱۳۷۵، ۴۳۶؛ صفایی، ۱۳۸۲، ۳۱۳، ۲) زیرا که فروش مبیع از روی نمونه یکی از طرق رفع ابهام است و در صورتی که مبیع مطابق نمونه نباشد خيار تخلف از رؤیت ایجاد می‌گردد و چون خيار تخلف وصف و رویت بر طبق ماده ۴۱۴ ق.م. در مورد بیع عین خارجی است نه کلی لذا این ماده فقط ناظر به عین معین می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲، ۵۷). بنظر میرسد باید در فسخ بین مبیع کلی و معین تفاوت گذارد: در مبیع کلی ابتدا الزام فروشنده به تسلیم مبیع مطابق نمونه فقط در صورتی حق فسخ پیدا می‌کند که الزام ممکن نباشد و به وسیله دیگری نتوان مبیع را تهیه کرد (ماده ۲۳۹ ق.م.) در صورتیکه مبیع عین معین باشد و برخلاف نمونه در آید مشتری حق فسخ دارد (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱، ۱۱۷، ۱).

۴-۴- شرط دادن رهن و ضامن

یکی دیگر از موارد انحراف از قاعده اجبار، شرط دادن رهن است بدین توضیح که یکی از شروط فعل شایع در قراردادها این است که در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که بواسطه معامله مشغول الذمه می‌شود رهن بدهد.

ماده ۳۷۹ ق.م. بیان می‌دارد: «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت...»^۱.

۴-۵- تخلف از شرایط عقد اجاره

مهمترین استثناء، بر قاعده عمومی اجبار به انجام عین تعهد به سبب تخلف از مقررات قراردادی در ذیل ماده ۴۹۶ قانون مدنی با عبارت ذیل بیان گردیده است: «... نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد».

۴-۶- شرط صفت

یکی از موارد انحراف از قاعده عمومی اجبار، شرط صفت است با عنایت به عمومیت قاعده اجبار و نظر به اینکه شرط جزئی از قرارداد است لذا لزوم وفای به عقد علاوه بر تعهدات اصلی شامل لزوم وفای به شرط یا تعهد تبعی و فرعی نیز می‌گردد اما در مورد شرط صفت، ضمانت اجرای شرط به لزوم عقد باز می‌گردد نه به التزام ناشی از تعهد و در این حالت زیان از دست رفتن شرط به طریقی دیگر یعنی اعطای حق فسخ به متعهدله جبران می‌گردد ماده ۲۳۵ ق.م. در این رابطه چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود که آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده خیار فسخ خواهد داشت».

۴-۷- خودداری عامل از انجام زراعت

عقد مزارعه، قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین، زمینی را برای مدت معینی در اختیار طرف دیگر قرار می‌دهد؛ تا در آن زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند. چون عقد مزارعه، قراردادی لازم است، عامل ملزم به زراعت خواهد بود و این الزام، تعهدی اصلی است که از خود عقد مزارعه- و نه از

۱ - برخی این ماده را خلاف قواعد عمومی ندانسته اند و برای جمع آن با مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. اینگونه استدلال نموده‌اند که قانونگذار در مورد تعهد به دادن رهن و ضمان بر مبنای غلبه چنین فرض کرده است که در مورد التزام به دادن رهن و ضمان، نه اجبار ملتزم به شرط امکان دارد نه با هزینه او می‌توان موجبات فعل مشروط له را فراهم آورد. ولی، هرگاه در مورد خاصی ثابت شود که این اجبار امکان داشته است (مانند رهن دادن عین معین)، مشروط له حق فسخ عقد را ندارد (کاتوزیان، ۳، ۱۳۸۰، ۲۲۰).

شروط ضمن آن - ناشی شده است. حال اگر عامل از زراعت خودداری کند، آیا مزارع می‌تواند عقد مزارعه را فسخ کند؟ در این خصوص، ماده ۵۳۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه عامل، در اثناء یا در ابتدای عمل، آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را، به جای او انجام دهد؛ حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان مزارع حق فسخ دارد».

۵- نتیجه

با توجه به پیشرفت و توسعه جوامع؛ پیچیدگی روابط و مبادلات اقتصادی؛ تحولات روزافزون معاملات تجاری و اقتضای سرعت در گردش پول و سرمایه و به تبع آن، مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات، هویداست که امروزه نظریه اجرای اجباری عین تعهد کارایی سابق خود را از دست داده است و از آنجا که این اصل استثنائات زیادی از جمله خیار تأخیر ثمن، تخلف از شروط ضمن عقد، خیار تفلیس، اجاره و مزارعه و ... را به خود دیده است. با بررسی مواد قانونی و نظریات فقهی می‌توان به این قاعده عام دست یافت که چنانچه یکی از طرفین قرارداد تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر بتواند قرارداد را فسخ کند و رابطه سلسله مراتبی بین حق الزام و حق فسخ، قابل اثبات نیست و این دو حق همدوش یکدیگر وجود دارند. قید عدم امکان اجرا برای تحقیق حق فسخ نه منشأ فقهی دارد و نه دلیل معتبری در قانون مدنی می‌توان برای آن یافت و نه روش و بنای مردم بر این ترتیب استوار است و از طرفی، اجرای اصل تعهد، قاعده ای آمره محسوب نمی‌شود و طرفین می‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند. بنابراین بهتر است، حقوق ایران موازی بودن حق اجبار و فسخ را بپذیرد و مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ و ۴۷۶ قانون مدنی را اصلاح نماید.

فهرست منابع

- ۱- امامی، سیدحسن، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ چهارم.
- ۲- اصفهانی، محمدحسین، (۱۳۷۹)، حاشیه المکاسب، ذوی القربی، قم، چاپ اول.
- ۳- انصاری، مرتضی، (۱۳۷۵)، مکاسب، به قلم طاهر خوشنویس، اطلاعات، تبریز، چاپ دوم.
- ۴- انصاری، مرتضی، (۱۴۲۵)، کتاب المکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ هفتم.
- ۵- توحیدی، محمدعلی، (۱۳۷۱)، مصباح الفقاهه (تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی)، وجدانی، قم، چاپ اول.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۷)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، بنیاد راستاد، تهران، چاپ اول.
- ۷- خراسانی، ملامحمدکاظم، (۱۳۶۹)، کفایه الاصول، حواشی ابوالحسن مشکینی، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ هفتم.

- ۸- خمینی، روح الله، (۱۳۶۳)، کتاب البیع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ سوم.
- ۹- خمینی، روح الله، (۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، مطبوعه الادب نجف، چاپ اول.
- ۱۰- خوبی، ابوالقاسم، (۱۳۷۱)، مصباح الفقاهه، وجدانی، قم، چاپ سوم.
- ۱۱- رشتی، میرزا حبیب الله، (بی تا)، الاجاره، بی نا، بی جا، چاپ سنگی.
- ۱۲- رنجبر، مسعودرضا، (۱۳۸۷)، تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد، میزان، تهران، چاپ اول.
- ۱۳- شهیداول، محمد بن مکی، (۱۳۸۵)، لمعه دمشقیه، ترجمه علی شیروانی و محسن غروی، دارالفکر، قم.
- ۱۴- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، عقود معین ۱، مجد، تهران، چاپ اول.
- ۱۵- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، آثار قراردادهای و تعهدات، مجد، تهران، چاپ اول.
- ۱۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، (۱۳۷۰)، شرح لمعه، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ چهارم.
- ۱۷- شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، (۱۴۱۴)، مسالک الافهام، مؤسسه معارف اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۱۸- صفایی، سید حسین، (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، میزان، تهران، چاپ اول.
- ۱۹- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۸۷)، حاشیه مکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
- ۲۰- عدل، مصطفی، (۱۳۵۴)، حقوق مدنی، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ هشتم.
- ۲۱- عسکری، سیدحکمت اله، (۱۳۹۰)، تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین، مجد، تهران، چاپ اول.
- ۲۲- علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر، (بی تا)، تذکره الفقهاء، بی نا، بی جا، چاپ سنگی.
- ۲۳- فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۶۳)، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی (قواعدعمومی قراردادهای)، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ سوم.
- ۲۵- کاتوزیان ناصر، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی معاملات معوض، عقد تملیکی، عقود معین، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ چهارم.
- ۲۶- گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۷۲)، مقالات حقوقی، دانشگاه تهران، تهران، چاپ دوم.
- ۲۷- محقق حلی، جعفر، (۱۴۰۳)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، انتشارات استقلال، تهران، چاپ دوم.
- ۲۸- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۷۹)، اصول فقه، دانشگاه تهران، تهران، چاپ دوازدهم.
- ۲۹- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۳۷۷)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ دوازدهم.
- ۳۰- نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۵)، جواهر الکلام، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ ششم.
- ۳۱- نجفی، محمدحسن، (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
- ۳۲- نجفی خوانساری، موسی، (۱۴۲۱)، منیه الطالب (تقریرات درس میرزای نایینی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.