

نشریه مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۵، شماره ۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۳
صفحات ۱ تا ۲۰

سیر تکوین حق فسخ ناشی از اجرا نشدن (نقض) تعهد قراردادی در حقوق اروپایی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران

۱. منصور امینی*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۲. سعید حقانی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۲/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۹۳/۲/۷

چکیده

امروزه در بیشتر نظام‌های حقوقی، اجرا نشدن تعهد قراردادی می‌تواند از جمله به فسخ آن از سوی متعهدله بینجامد. با این حال، باید دانست همیشه وضع به همین منوال نبوده و بررسی‌ها نشان داده است که نظام‌های حقوقی اروپایی از وضعیت نبود حق فسخ عام‌الشمول، سرانجام به حق فسخ عام و مبتنی بر اراده یک‌سویه متعهدله رسیده‌اند. قانون‌گذار ایرانی می‌تواند با الهام از روند تحول اندیشه‌های حقوقی در این خصوص، نسبت به وضع قاعده‌ای عام ناظر به فسخ اقدام نماید. نتایج این بررسی برای دادرسان و حقوق‌دانان نیز قابل توجه است؛ چه با توجه به ابهامات و ناکارآمدی در برخی نصوص موجود در بحث اجرا نشدن، شیوه برخورد و تفسیر حقوق‌دانان اروپایی می‌تواند راهکارهایی برای تفسیر نصوص داخلی به دست دهد.

واژگان کلیدی

شرط فاسخ ارتكازی، شیوه‌های جبرانی نقض قرارداد، فسخ قرارداد، فسخ قضایی، لکس کمیسوریا.

مقدمه

۱. فسخ قرارداد در کنار اجرای اجباری و مطالبه خسارت، امروزه یکی از شیوه‌های

جبرانی در فرض نقض تعهد قرارداد است. بیشتر نظام‌های حقوقی این روش مقابله با اجرا نشدن تعهد را در صورت شدت تخلف- و در فرض تحقق شرایطی چند- برای متعهدله تجویز نموده‌اند. حقوق ایران در خصوص فسخ به مثابه روش جبرانی، با ناکارآمدی همراه است؛ از یک سو، در خصوص وجود قاعده عام درباره چنین حق فسخ عام ناشی از اجرا نشدن تعهد قراردادی، اختلاف نظر وجود دارد. از دیگر سو، بر فرض شناسایی این قاعده عام، در خصوص آثار این حق فسخ اتفاق نظر موجود نیست. به نظر می‌رسد تحلیل روند تکوین روش جبرانی مورد بحث در حقوق دیگر کشورها، می‌تواند در به دست دادن راهکارهای تقنینی و تفسیری مناسب تأثیرگذار باشد؛ موضوعی که نگارش مقاله حاضر را توجیه می‌کند.

پیدایش و تکوین حق فسخ ناشی از اجرا نشدن تعهد قراردادی (Résolution pour l'inexécution du contrat) در حقوق اروپایی را باید در سه بازه زمانی جداگانه موضوع مطالعه قرار داد. ملاحظه خواهد شد که هر یک از این سه دوره، تحت حاکمیت روح و گرایش ویژه‌ای بوده و دست آخر به وضعیت امروزی رسیده است. این سه دوره عبارت‌اند از: ۱. دوره حقوق روم؛ ۲. دوره پیدایش قانون‌گذاری‌های ملی؛ ۳. دوره جهانی شدن.

دوره نخست: حقوق روم

۲. عقد بیع در حقوق روم گونه‌ای عقد عینی (Contrat réel) بوده که با انتقال مادی مال منعقد می‌شده است و مالکیت در این قرارداد از زمان تسلیم عوضین منتقل می‌گردد. نیک پیداست که در این شرایط سخن گفتن از نقض تعهد قراردادی چندان نیاز نبود و از همین رو در آغاز، حقوق روم در خصوص فسخ قرارداد در صورت اجرا نشدن، قاعده‌ای نداشته است. (Ourliac et De malafosse, 1969, p. 170 ; Marty et Raynaud, 1988, p. 338.) این وضعیت در زمان امپراتور یوستینین (Justinien) تغییراتی داشت. با وجود پایبندی به قاعده پیشین در خصوص فسخ، پذیرفته شد که فروشنده می‌تواند در صورت اعتماد به خریدار، بیع را به صورت نسبه منعقد نماید.^۱ در این صورت فروشنده از امتیازات برآمده از معوض بودن عقد (همچون حق استرداد کالا در صورت پرداخت نشدن ثمن) برخوردار نخواهد بود. در این شرایط از یک سو، به دلیل بی‌نیازی از حق فسخ (به دلیل عینی بودن بیع) و از دیگر سو، به دلیل تقدیس اصل لزوم (pacta sunt

۱. در واقع، در این دوره عقد بیع به عقدی رضایی تبدیل شد که برای انعقاد آن صرف رضایت طرفین کافی بود و نیازی به کتبی بودن، استفاده از الفاظ خاص و یا تسلیم نبود. این تغییر در پی نیاز به گذار از شکل‌گرایی در بیع به دلیل بالاگرفتن رونق اقتصادی در روم از قرن دوم پیش از میلاد انجام شد. (Borkowski & Du Plessis, 2005, p. 261.)

(servanda) که از میان برداشتن عقد از سوی یکی از طرفین را برخلاف اصول می‌دانست، «حق فسخ عام‌الشمول در خصوص نقض (تعهدات) قراردادی در حقوق روم پذیرفته نشده بود» (Zimmermann, 1999, p. 801). آشکار است که این رویه پیامدهای نامطلوبی برای فروشنده در صورت پرداخت نکردن ثمن از سوی خریدار در پی داشته است. متعهدله که در به‌دست آوردن عوض قراردادی ناکام مانده بود، باید همچنان پایبند به قرارداد باقی می‌ماند و این ناعادلانه جلوه می‌کرد. از نظر اجتماعی نیز هرچند قرارداد اصولاً وسیله‌ای مفید برای جامعه است، ولی اجرا نشدن یا اجرای ناقص قرارداد، آن را به وسیله‌ای مرده مبدل می‌سازد که کارکرد نخستین خود را از دست خواهد داد. این حالت به راکد ماندن نیروهای فعال قراردادی می‌انجامد که آثار نامطلوبی برای جامعه در پی خواهد داشت (Carbonnier, 1998, p. 330)؛ وضعیتی که جامعه و حقوق روم را تهدید می‌کرد. توجه به تمام این مسائل چاره‌جویی برای این معضل را مدنظر قرار می‌داد.

۳. حقوق دانان و عرف‌های تجاری با بهره‌گیری از نهاد «شرط ضمنی»، کوشیده‌اند این خلأ را پر کنند. این تلاش‌ها به پیدایش انواعی از شروط ضمنی انجامید^۲ که از آن جمله می‌توان به لکس کمیسوریا (Lex commissoria) اشاره نمود که مطابق تعریف برخی از نویسندگان (Trayner, 2001, p. 158)، عبارت بود از «شرطی که به قرارداد بیع ملحق شده و به فروشنده اجازه می‌داد در صورت عدم تأدیة ثمن در مدت معین قرارداد را منحل بداند»^۳. بقایایی از لکس کمیسوریا در ماده ۱۶۵۶ قانون مدنی فرانسه برجای مانده است که اعلام می‌دارد: «اگر در زمان انعقاد بیع غیرمنقول تصریح شده باشد که در صورت عدم تأدیة ثمن در موعد مقرر، بیع به صورت خودبه‌خود فسخ خواهد شد، خریدار می‌تواند تا زمانی که این امر - ولو پس از انقضای مدت - به‌موجب اخطاریه (ی فروشنده) به وی ابلاغ نشده نسبت به پرداخت ثمن اقدام نماید. باین حال پس از ابلاغ اخطاریه دادرس

۲. از انواع شروط ضمن عقد می‌توان به این‌ها اشاره نمود: ۱. In diem addiction: مهلتی که طی آن فروشنده می‌توانست خریداری با شرایط بهتر یافته و نسبت به فروش کالا به وی اقدام نماید. ۲. Pactum displicentiae: حق فسخ خریداری که از کالای ایتاعی رضایت ندارد. ۳. Pactum de retrevendendo: شرطی که حق بازخرید کالا از خریدار را برای فروشنده محفوظ می‌داشت (در خصوص این شروط نک: Borkowski & Du Plessis, Lévy et Castaldo, 2002, p. 142 ; Ourliac et De malafosse, 1969, pp. 281 et 182. 2005, pp. 274 - 275).

۳. مطابق این شرط، در صورت تخلف خریدار از پرداخت ثمن در مدت معین، فروشنده حق فسخ معامله را داشت. باتوجه به اینکه حق مطالبه خسارت هم طبق قواعد عمومی برای وی محفوظ بود، فروشنده می‌توانست هر یک از دو دعوای مطالبه خسارت و فسخ قرارداد را در پیش بگیرد. باین حال تصریح شده بود که در صورت درخواست فسخ قرارداد (و به نتیجه نرسیدن)، فروشنده دیگر حق تمسک به دعوای مطالبه خسارت را نداشت (; Borkowski & Du Plessis, 2005, Loc.Cit. ; Ourliac et De malafosse, 1969, Loc.Cit.).

نمی‌تواند به وی مهلت دهد». تحقق این شرط موجب از بین رفتن «پسانگرافه‌قراایی» (Rétroactif) عقد می‌شود. از این رو امکان جمع میان فسخ قرارداد و مطالبه خسارت قراردادی، شناخته نشده بود (Ourliac et De malafosse, Zimmermann, 1999, p. 803 ; Ourliac et De malafosse, 1969, p. 281). نویسندگان برای توصیف لکس کمیسوریا و دیگر شروط قراردادی پیش‌گفته، از دو تکنیک «شرط تعلیقی» (Condition suspensive) و «شرط فاسخ» (Condition résolutoire) بهره گرفته‌اند (Ourliac et De malafosse, 1969, Loc.Cit.).

باتوجه به تقدیس اصل لزوم در نظر حقوق‌دانان رومی، در این گزاره تردید روا نخواهد بود که حقوق روم در خصوص به‌دست دادن حق فسخ عام در فرض اجرا نشدن تعهد، ناکارآمد بود. این در حالی بود که گاه جز با فسخ قرارداد، متعهدله نمی‌توانست کاملاً از خود رفع ضرر نماید. از این رو، راهکارهای فراوانی از یک سو برای به‌دست دادن تضمین‌های اجرای قرارداد (Ibid, p. 331.) و از دیگر سو، برای تأمین امکان فسخ قرارداد نقض شده پیش‌بینی شدند. با این حال، این راهکارها نیز به نوبه خود ناکارآمد بودند. همان‌گونه که یکی از نویسندگان به‌خوبی اشاره می‌کند: «با وجود تلاش‌هایی که برای به‌دست دادن اصل (به‌ویژه توسط حقوق‌دانان مذهبی و متعاقباً طرفداران مکتب حقوق طبیعی) به عمل آمد، وضعیت - دست‌کم در رابطه با آنچه به حقوق مشترک / اروپایی (Ius commune) می‌شود - تا زمان ظهور روم‌گرایان به همین منوال بود» (Zimmermann, 1999, pp. 801 - 802).

دوره دوم: قانون‌گذاری ملی

۴. در پی اوج‌گیری تمایل به حاکمیت قانون به‌جای اخلاق و مذهب در جوامع اروپایی پس از رنسانس، نهضت تدوین قوانین مادر در سطح اروپا بر دو پایه حقوق مشترک برجای مانده از دوره روم باستان و عرف‌های محلی پیدایش یافت. در این فضا بود که قانون مدنی فرانسه به‌عنوان سردمدار حرکت تدوین قوانین ملی شناخته شد (Stein, 2007, pp. 111-114). پیش از تدوین قوانین ملی، این موضوع مهم (به‌دست دادن قواعد حقوقی برای جوامع جدید از مجرای ترکیب حقوق مشترک رومی و عرف‌های محلی) در چارچوب تلاش نویسندگان حقوقی و حقوق‌دانانی میسر گردید که به ترتیب سه مکتب «شارحان»، «شارحان متأخر» و طرفداران «مکتب حقوق طبیعی» را تشکیل دادند (داوید، ۱۳۷۸، صص ۴۳-۳۳). در این فضاست که حقوق‌دانان و در پی آن سیستم‌های حقوقی برای رفع مشکل پیش‌گفته در حقوق روم و پرکردن خلأ مربوط به نبود قاعده کلی ناظر به امکان فسخ قرارداد در صورت اجرا نشدن تعهد، دست‌به‌کار می‌شوند. در این راستا سه رویکرد قابل تفکیک به‌نظر می‌رسد که به بررسی می‌نشینیم.

الف) رهیافت فرانسوی

۵. در تدوین کدهای ناپلئون، آثار نویسندگانی چون *دوما (Domat)*، *پوتیه (Robert Joseph Pothier)* و *دومولن (Du Moulin)* تأثیرگذار بود. در خصوص حق فسخ قرارداد، نویسندگان قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۸۴ آن قانون، در قرن شانزدهم تحت تأثیر دیدگاه‌های *دومولن* بودند که حق فسخ عام را با بهره‌گیری از «شرط فاسخ ارتکازی» (*Clause résolutoire sous-entendue*) توجیه کرده بود (Bart, 1998, p. 413; Lévy et al., 2002, p. 833). بر این مبنا «در قراردادهای معوض، همواره در فرضی که یکی از طرفین تعهد خود را ایفا نمی‌کند به‌طور ضمنی شرط فاسخ وجود دارد. در این صورت قرارداد به‌خودی‌خود منفسخ نمی‌شود؛ متعهدله می‌تواند- در فرضی که اجرای قرارداد ممکن باشد- طرف دیگر را به اجرای قرارداد ملزم نماید یا اینکه درخواست فسخ پسانگر قرارداد و مطالبه خسارت بنماید. فسخ پسانگر باید از دادگاه درخواست شود و ممکن است باتوجه به اوضاع و احوال به خواننده مهلت داده شود»^۴.

۴. ترجمه از نویسندگان بوده و بر پایه ترجمه محمدعلی نوری (و با اعمال اصلاحاتی در آن) انجام شده است. ترجمه نامبرده از ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه به این شرح است:
«شرط فاسخ همواره به‌طور ضمنی در قراردادهای معوض، برای موردی که یکی از طرفین تعهد خود را ایفانمی‌کند، مقرر است.

در چنین موردی، قرارداد منفسخ نمی‌گردد. طرفی که تعهد به نفع او اجرا نشده، مخیر است طرف دیگر را در صورتی که ممکن باشد ملزم به اجرای تعهد کند یا درخواست فسخ تعهد و پرداخت خسارت نماید. فسخ باید از طریق دادگاه باشد و ممکن است باتوجه به اوضاع و احوال به خواننده مهلت داده شود» (نک: نوری، محمطی، ۱۳۸۰، ص ۳۴).

از این ماده ترجمه‌های دیگری نیز به‌عمل آمده است. از جمله یکی از نویسندگان از این عبارات برای ترجمه آن بهره جسته است: «تعلیق انحلال عقد در صورت خودداری طرف قرارداد از اجرای آن همواره در قرارداد مستتر است. در این صورت قرارداد خودبه‌خود منحل نمی‌شود. طرفی که قرارداد در برابر او اجرا نشده است، می‌تواند در صورت امکان اجرای قرارداد، طرف ممتنع را ملزم به آن کند یا این که فسخ قرارداد را همراه با جبران خسارت تقاضا کند. فسخ قرارداد باید از مرجع قضایی تقاضا شود و ممکن است با تقاضای مهلت خواننده مطابق اوضاع و احوال، موافقت گردد» (شهیدی، ۱۳۸۳، صص ۱۷۹ و ۱۸۰). نویسندۀ دیگری در ترجمه این ماده از زبان عربی چنین می‌نویسد: «در صورتی که یکی از متعاملین تعهد خود را انجام ندهد، حق فسخ قرارداد همیشه در عقود معوض مفروض است. در این حالت عقد خودبه‌خود فسخ نمی‌شود، بلکه در صورت عدم انجام تعهد، متعهدله مختار است که متعهد را اجبار به انجام تعهد کند (اگر اجبار او ممکن باشد)؛ یا قرارداد را فسخ کرده، تقاضای خسارت نماید. درخواست فسخ، باید از مراجع قضایی عمل آید؛ و دادگاه می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال، برای انجام تعهد، به خواننده مهلت دهد» (شیری، ۱۳۷۷، ص ۵۲).

این نکته را باید گوشزد نمود که در خصوص اعمال حق فسخ موضوع ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه، باید میان سه دسته از عقود موضوع حق فسخ تمایز قائل شد: اول، قراردادهای آنی (*Contrats à exécution instantanée*)، که در این قراردادهای اعمال حق فسخ موضوع ماده ۱۱۸۴ منتهی به فسخ پسانگر قرارداد شده، عقد را از آغاز از میان برمی‌دارد. دوم، قراردادهای مستمر (*Contrats à exécution successive*)، که رویه قضایی فرانسه معتقد است اعمال حق فسخ در این قراردادها عقد را از آغاز منحل نکرده، فقط موجب از بین رفتن آن در خصوص آینده می‌شود. سوم، قراردادهای پلکانی (*Contrats à exécution échelonnée*)، که در این قراردادها با توجه به اینکه طرفین تعهدات هر مقطع را به‌صورت یکپارچه در نظر گرفته باشند و یا به‌صورت تعهدات جداگانه، اثر فسخ می‌تواند به‌ترتیب ناظر به گذشته (پسانگر) و یا ناظر به آینده (آینده‌گرا) باشد (V. par exemple: Cabrillac, 2006, pp. 140-141).
باین‌حال، مسئله به این وضوح نیست. درست است که در قراردادهای مستمر اثر فسخ متفاوت از قراردادهای آنی است، ولی پرسش مطرح‌شده میان حقوق‌دانان آن کشور اینست که این آثار فسخ از چه زمانی جریان پیدا کرده است و عقد از چه زمانی منحل خواهد شد. در پاسخ به این پرسش، برخی از نویسندگان و آرای قضایی بر اعمال آثار فسخ از روز اعلام فسخ از سوی دادگاه نظر داده‌اند، ولی پارامی دیگر معتقد به اثر «نسبتاً عطف بماسبق شونده» (*Moyennement*)

در واقع در نظر دومولن، لکس کمیسوریا که می‌توانست شکل یک شرط صریح قراردادی داشته باشد، با تغییراتی در قالب شرط فاسخ ارتکازی در تمام قراردادهای وجود خواهد داشت و به این شیوه امکان فسخ قرارداد به دلیل اجرا نشدن از «استثنا» به «اصل» ارتقا یافت. باین حال قانون‌گذار فرانسوی از جهات دیگر وفاداری خود به سنت رومی را حفظ نمود. فسخ یادشده همچنان «اثر پس‌انگَر» داشته، عقد را «از آغاز» (Ab initio / ex tunc) منحل می‌نماید. این فسخ هرچند برای متعهدله پیش‌بینی شده، ولی انحلال آن باید از دادگاه درخواست شود و این دادرسی است که فسخ قرارداد را اعلام می‌دارد؛ موضوعی که در صلاح‌دید دادرسی قرار گرفته است. از این‌رو، مکانیسم فسخ در حقوق فرانسه را «مکانیسم فسخ قضایی» (Résolution judiciaire) نام می‌نهند (Carbonnier, 1998, pp. 326 et seq.).

۶. با این‌همه، نظریه دومولن خود حاصل تلاش‌هایی بود که پیش‌تر انجام شده بود. نخستین مسئله این بود که از قرن دوازدهم میلادی به این سو، بیع از عقدی عینی به عقدی رضایی^۵ تبدیل شده و امروزه ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه، رضایی بودن آن را با این عبارات بیان می‌دارد: «به محض توافق بر مبیع و ثمن، عقد بیع میان طرفین محقق و مالکیت برای خریدار در مقابل فروشنده خودبه‌خود به‌وجود می‌آید، ولو آنکه هنوز نه مبیع تسلیم و نه ثمن پرداخت شده باشد» (در خصوص این ماده و تفاسیر به‌عمل آمده از آن، نک: امینی، ۱۳۸۲، صص ۱۶۱ و ۱۶۲).

رضایی شدن بیع مسئله تضمین پرداخت و ضمانت اجرای عدم پرداخت ثمن را به‌دنبال داشت. در این خصوص برخی از شارحان مقدم همچون آزون (Azon) با استناد به برخی نصوص/نستیتوت‌ها قائل به انتقال نیافتن مالکیت بدون تسلیم بودند. در نظر اینان در فرض تأدیه‌نشدن ثمن، فروشنده می‌توانست «دعوای استرداد مبیع» اقامه نماید. برخی دیگر همچون روینی (Revigny) قائل به مفروض بودن انتقال مالکیت کالا با عقد شدند. در نظر آن‌ها از یک سو، اقامه دعوای استرداد (Action en revendication) امکان‌پذیر نبود؛ چراکه مالکیت کالا با بیع منتقل شده و استرداد کالای متعلق به دیگری بی‌معناست. از دیگر سو، دعوای فسخ هم به‌عنوان قاعده شناخته نشده بود. این

(rétroactif) برای این فسخ هستند. بر مبنای نظر اخیر، عقد از زمان نخستین اجرا نشدن، منحل خواهد شد. دیوان عالی کشور فرانسه در آرای اخیر خود از جمله رأی صادره در پرونده لوسی (L'arrêt Lucie)، نظر اخیر را پذیرفته و به بحث نظری یادشده پایان داده است؛ نظری که به دشواری تمییز این دو نهاد می‌افزاید؛ چه در فرض فسخ قرارداد مستمری که هیچ‌گاه اجرا نشده است، باید معتقد باشیم که این عقد همچون فسخ پس‌انگَر از آغاز منحل می‌شود (Chabas, 2010, pp. 4, 27 et 28).

۵. یا به تعبیر برخی از نویسندگان داخلی، «عقد قصدی» (نک: شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۸۴).

وضعیت به بغرنج‌تر شدن موضوع انجامید. حقوق‌دانان مذهبی کلیساً با ریشه‌یابی علت در قرارداد، به «شرط ضمنی در عقود معوض مبنی بر اجرای تعهد متقابل» (La condition tacite 'si fides servetur') اشاره نمودند. به لحاظ نتیجه، اینان از شرط یادشده، حق حبس (Exceptio non adimpleti contractus) را برداشت نمودند. همچنین حق فسخ در قراردادهای بی‌نام^۷ با همین شرط شناسایی شد، ولی در دیگر قراردادها جرأت توسل به قاعده عام فسخ را نداشتند (Ourliac et De malafosse, 1969, p. 285; Cf. Chabas, 2010, p. 5; Lévy, 2002, p. 931).

از رویکرد ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه انتقاد شده و از چند جهت قابل اصلاح دانسته شده است. از یک سو، طرح فسخ ذیل عنوان «شرط فاسخ» هم به لحاظ ماهوی و هم به لحاظ شکلی انتقادپذیر است؛ از این رو نظام آلمانی که بر اراده متعهدله تکیه نموده (نک: در ادامه، ش ۷)، بر نظام فرانسوی که از مجرای تحلیل اراده طرفین این حق را می‌پذیرد، ترجیح دارد (Rochfeld, 2005, p. 41). از دیگر سو، قضایی بودن فسخ و لزوم مراجعه به دادگاه برای اعلام فسخ، هم به لحاظ زمان و هم به لحاظ هزینه مشکل‌آفرین است (v. Carbonnier, 1998, p. 190).

ب) رهیافت آلمانی

۷. وضع قانون مدنی در آلمان برخلاف فرانسه مدت بیشتری به طول انجامید و در عمل این کشور در آغاز قرن بیستم دارای قانون مدنی شد. به همین دلیل قانون مدنی آلمان برخلاف نمونه فرانسوی، نه الهام‌گرفته از مکتب حقوق طبیعی، بلکه تحت تأثیر افکار ملی‌گرا قرار داشت (Zweigert & Kötz, 1998, pp. 51 - 52). به‌هرروی، در خصوص فسخ قرارداد، قانون مدنی آلمان در امتداد سنت رومی از شناسایی قاعده عام ناظر به حق فسخ خودداری کرده بود (Zimmermann, 2002, pp. 34 - 35). قانون‌گذار قانون

۶. Les Canonistes حقوق‌دانان مذهبی از اعضای کلیسا بودند که در آغاز با بهره‌گیری از نصوص حقوقی رومی (و از قرن چهارم با تولید نصوص جدید) اقدام به ارائه قواعدی برای کلیسا و تابعانش نمودند. نقش حقوق مذهبی در قرون وسطا و در پی حاکمیت کلیسا بالا گرفت.

۷. باید توجه داشت که مراد از قراردادهای بی‌نام، معنای متداول امروزی آنها نیست. قراردادها در چهارگروه «قراردادهای رضایی»، «قراردادهای لفظی»، «قراردادهای عینی» و «قرارداد کتباً مضبوط» جای می‌گرفتند. در کنار این‌ها قراردادهای معین دیگری بودند که در هیچ‌یک از این چهار عنوان قابل گنجاندن نبودند. مجموعه‌های یوستینین این قراردادها را تحت عنوان واحدی جمع نکرده بود و دسته‌ای که این عقود ذیل آن جای گرفته بود، عنوانی نداشت. به این لحاظ، قراردادهای یادشده را «بی‌نام» خوانده‌اند؛ عنوانی که غلط‌انداز است (Borkowski & Du Plessis, 2005, p. 306).

مدنی ۱۹۰۰م تنها به بیان حق فسخ در برخی زمینه‌ها اکتفا نموده، ولی رویه قضایی آن کشور قاعده عام را پرورش داده بود (Ferrand, 1997, pp. 359 – 364). در این کشور، بسان حقوق فرانسه، فسخ به دو گونه پسانگر (Rücktritt) و آینده‌نگر (Kündigung) تقسیم می‌شد. فسخ پسانگر خود به دو صورت قابلیت تحقق داشت؛ نخست فسخ پسانگر قراردادی (vertraglicher Rücktritt) و دوم فسخ پسانگر قانونی (Gesetzlicher Rücktritt). همان‌گونه که در ادامه خواهیم دید (نک: در ادامه، ش ۱۰)، این قانون در سال ۲۰۰۱م تحت تأثیر اسناد اروپایی اصلاح شده است و امروزه به موجب مواد ۳۲۳، ۳۲۴ و ۳۲۶، قاعده عام برای فسخ وجود دارد.

ملاحظه رویکرد حقوق آلمان - چه پیش از اصلاحات ۲۰۰۱ و چه پس از آن - نشان از آن دارد که حق فسخ گونه‌ای حق مستقل است که بدون نیاز به توجیه در قالب‌های قراردادی شناسایی شده است؛ گونه‌ای ایقاع که با رعایت شرایط مربوط قابل تحقق است (نک: ماده ۳۴۹ پیشین و مواد پیش‌گفته پس از اصلاحات). به‌دیگرسخن، برخلاف حقوق فرانسه که در آنجا رأی قاضی تأسیسی (Jugement constitutif) است، در حقوق آلمان در صورت اختلاف بین طرفین در خصوص ایجاد و اعمال حق فسخ، رأی قاضی/ اعلامی (Jugement déclaratif) می‌باشد. از همین‌رو، به‌نظر می‌رسد، می‌توان رویکرد نظام حقوقی آلمان را «فسخ به‌مثابه عمل حقوقی یک‌سویه» نام نهاد؛ رهیافتی که برای شناسایی حق فسخ خود را نیازمند دست‌یازیدن به نهادهای حقوق قراردادی نمی‌بیند و از سال ۲۰۰۱م نیز قاعده عام ناظر به فسخ را مقرر داشته است.

ج) رهیافت انگلیسی

۸. در چارچوب سیستم حقوقی انگلستان، فسخ گاه همچون عمل حقوقی دوسویه جلوه می‌کند. در واقع، حقوق‌دانان انگلیسی گونه‌ای از نقض تعهد قراردادی از سوی متعهد را «رد قرارداد» (Repudiation of contract) انگاشته و فسخ قرارداد از سوی متعهدله را «پذیرش رد» (Acceptance of repudiation) نامیده‌اند (McKendrick, 2005, pp. 990 - 991). این امر نشانگر توصیف فسخ در اذهان حقوق‌دانان انگلیسی به‌مثابه گونه‌ای «اقاله» است. این توصیف جای خود را در نصوص قانونی انگلستان نیز یافته است و برای نمونه مواد ۶(۱)، ۱۱(۳) و ۱۱(۴) قانون فروش کالاهای ۱۹۷۹م از «حق رد کالاها و مردود شناختن قرارداد» سخن گفته‌اند (See for instance. Treitel, 2003, p. 760). از این‌رو می‌توان از رهیافت سیستم حقوقی یادشده با عنوان «مکانیسم فسخ به‌مثابه عمل حقوقی دوسویه» یاد کرد. باین‌حال، در خصوص بیمه دریایی، استثنایی بر این قاعده وارد

شده است مبنی بر اینکه اگر بیمه‌شده از تعهد خود در زمینه واردنشدن به مناطق جنگی تخلف کند، بیمه منفسخ می‌شود (بند ۳ بخش ۳۳ قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ م). (Treitel, 2004, p. 343).
 باین همه باید توجه داشت که مراد ما از این گفته این نیست که سیستم حقوقی انگلستان به‌طور قاطع فسخ را به‌مثابه اقاله در نظر می‌گیرد. در واقع، برخلاف نظام‌های حقوقی آلمان و فرانسه که تأثیر حقوق روم در آن‌ها با تردید همراه نیست، در نظام حقوقی انگلستان «با اینکه حدود چهار قرن انگلستان تحت سیطره امپراتوری روم بود، تأثیر حقوق روم بر این کشور بسیار محدود بوده است» (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳).^۸
 از این رو آوردن این سیستم حقوقی ذیل «فسخ به‌مثابه عمل حقوقی دوسویه» با در نظر گرفتن نکته یادشده، انجام شده است.

دوره سوم: جهانی شدن

۹. در مقابل دوره پیشین که ویژگی آن «چندگانگی» و واگرایی در اندیشه‌های حقوقی بود، دوره سوم با حرکت به سوی «یگانگی» گرایش‌های قانون‌گذاران مختلف اروپایی در این موضوع شناخته می‌شود. این یگانگی هم در سطح اسناد اروپایی و هم در سطح مقررات حقوقی داخلی دیده می‌شود؛ از این رو، این دو به ترتیب موضوع بررسی قرار می‌گیرند.

الف) رویکرد اسناد اروپایی

۱۰. ایده باززایی حقوق مشترک اروپایی در فضای پس از جنگ جهانی دوم نضج و انسجام بیشتری گرفت و پای در راه تحقق خارجی نهاد. این حقوق مشترک به سه گونه

۸. رنه داوید به‌خوبی اشاره می‌کند که «... در واقع نوسازی از طریق حقوق رم و تجدید بنا از راه قانون‌نویسی که خصیصه حقوق فرانسه و دیگر انواع حقوقی خانواده رومی-ژرمنی است در حقوق انگلیس سابقه ندارد. حقوق انگلیس به‌طور مستقل گسترش یافته و فقط به‌طور محدود تحت تأثیر برخورد با حقوق اروپای بری واقع شده است». (داوید، ۱۳۷۸، ص ۳۰۷). وی در ادامه در ریشه‌یابی این امر می‌افزاید: «ضرورت رعایت این چارچوب‌های انعطاف‌ناپذیر آیین دادرسی مانع از پذیرش مفاهیم حقوق رم شد، و این، در دوره‌ای بود که دادگاه‌های وست‌مینستر، با تجاوز از صلاحیت نخستین، در واقع صلاحیت عام یافتند و اغلب ملزم شدند که بیشتر اوقات اختلافات مربوط به حقوق خصوصی محض را حل و فصل کنند. آیین‌های دادرسی، که از جهات متعدد کهنه و دارای ویژگی انگلیسی بودند، سبب شدند تا در زمینه قواعد ماهوی، افکاری که از حقوق رم یا حقوق کلیسایی اقتباس می‌شدند تغییر «تابعیت» دهند (و رنگ انگلیسی پیدا کنند-م). وانگهی، پیچیدگی و جنبه فنی آیین‌های دادرسی آنچنان بود که یادگیری آنها جز از طریق عمل ممکن نبود. آموزش دانشگاهی مبتنی بر حقوق رم به‌خوبی می‌توانست به یافتن راه‌حل عادلانه دعوی کمک کند، لیکن به‌صورت حکم به نفع شخص منتهی نمی‌شد» (همان، ص ۳۲۱).

مختلف راه خود را دنبال کرده است: نخست، در سطح مصوبات الزام‌آور^۹، که در این سطح با شکل‌گیری جامعه اقتصادی اروپا از ۱۹۵۸م نصوصی در قالب آیین‌نامه (Regulation) و دستورالعمل (Directive) به تصویب رسیده و اقدامات قابل‌توجهی در راستای «هماهنگ‌سازی» (Harmonization) انجام شده است؛ دوم، در سطح حقوق نرم، که در این چارچوب سعی شده است با تنظیم قواعد حقوقی غیرالزام‌آور که از طریق پذیرش در قرارداد و یا تبدیل شدن به عرف قراردادی وضعیت الزام‌آوری برای طرفین پیدا خواهند کرد، گام‌هایی برای هماهنگ‌سازی حقوق کشورهای عضو برداشته شود؛ سوم، در سطح اندیشه‌های حقوقی، که دسته سوم از حقوق‌دانان معتقدند راه دستیابی به حقوق مشترک - بسان شکل‌گیری حقوق مشترک نخستین در سده‌های یازدهم و دوازدهم - از مجرای یکسان شدن اذهان حقوق‌دانان اروپایی در دانشگاه‌ها می‌گذرد.

با این مقدمه باید دانست که در خصوص راه‌های جبرانی نقض قرارداد، در سطح دوم تلاش‌هایی چند انجام شده است (For an elaborate account of these supranational instruments see. MacQueen et al., 2003, pp. 5 - 9. Bonell, 2008, pp. 1 et seq.). اسنادی چون اصول حقوق قراردادهای اروپایی^{۱۰} (از این پس، اصول لاندو) و اصول یونیدروا ناظر به قراردادهای تجاری بین‌المللی^{۱۱} (از این پس، اصول یونیدروا) به‌عنوان اسناد غیرالزام‌آور در کنار اسناد الزام‌آوری چون کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰م (از این پس، کنوانسیون وین) به بحث از فسخ به‌عنوان یکی از روش‌های اصلی مقابله با اجرا نشدن تعهد قراردادی پرداخته‌اند. اصول لاندو و یونیدروا به‌نوبه خود راه را برای تهیه سند سوم هموار کرده‌اند که با عنوان «قواعد عمومی مرجع»^{۱۲} (از این پس، قواعد مرجع) تهیه شده است (Von Bar et al. (ed), 2009. See on the matter. Collins, (2008). هدف از تهیه این سند منتهی شدن به تصویب قانون مدنی اروپایی است. در صورت تصویب، چنین متنی را باید در زمره اسناد حقوق ملموس به‌شمار آورد. مطالعه این اسناد نشان از آن دارد که با گرایش به دستیابی به حقوق مشترک در سطح اروپا (و در مقیاسی ضعیف‌تر در سطح جهانی) وارد مرحله سوم از تحولات فسخ به‌مثابه راه جبرانی نقض تعهد قراردادی شده‌ایم؛ مرحله‌ای که در آن از یک سو، حق فسخ به‌عنوان قاعده‌ای «عام» پذیرفته شده و از دیگر سو، برای توجیه حق فسخ نیازی به بهره‌گیری از تکنیک‌های قراردادی دیده نشده و فسخ به عنوان یک عمل حقوقی یک‌سویه پذیرفته شده است.

در چارچوب اصول یونیدروا، ماده ۷.۳.۱. به این حق اشاره نموده و ماده ۷.۳.۲. شیوه

۹. در این خصوص نک: سیمایی، حسین و حقانی، سعید، ۱۳۸۹؛ برای آشنایی با ساز و کارهای مربوطه، نک: کدخدایی، عباس، ۱۳۸۰.

۱۰. Principles of European Contract Law (PECL) این اصول از آنجا که کمیته‌ای تحت نظارت پروفیسور لاندو آن را تهیه کرده است، «اصول لاندو» نیز خوانده می‌شود.

11. Unidroit Principles of International Commercial contracts (PICC).

12. Common Frame of Reference (CFR).

اعمال آن را مشخص کرده است. همین وضعیت در اصول لاندو حاکم است که در بند ۱ ماده ۹:۳۰۱ به بیان این حق پرداخته و در ماده ۹:۳۰۲ روش اعمال آن را مشخص نموده است. کنوانسیون وین نیز در مواد ۴۹ و ۶۴ به اعلام حق فسخ پرداخته و ماده ۲۶ آن کنوانسیون، شیوه اعمال این حق را بیان داشته است. بند ۱ ماده ۳:۵۰۲ از قواعد مرجع نیز حق فسخ را به اراده متعهدله دانسته و در مواد ۳:۵۰۶ و ۳:۵۰۷ همان مقرر، روش اعمال این حق را بیان کرده است. از این روست که می‌توان اذعان نمود حقوق مشترکی که اروپاییان امروزه در پی دستیابی به آن هستند، بازگشت کامل به حقوق روم نبوده و حرکتی پویاست.

ب) رویکرد قانون‌گذاران ملی

۱۱. رویکرد نوین اسناد اروپایی در سطح ملی نیز کم‌کم جای خود را باز کرده است. کشورهای اروپایی با کنار گذاردن پیچیدگی‌های سابق، روی به پذیرش قاعده‌ای «عام» و مبتنی بر «فسخ یک‌سویه» آورده‌اند. مطالعه برخی اصلاحات انجام شده، این رویکرد نوین را به خوبی نشان می‌دهد.

نخست، قانون مدنی آلمان. همان‌گونه که دیدیم (نک: پیش از این، ش ۷)، گذر زمان و نشستن گرد کهنگی بر چهره قانون مدنی آلمان از یک سو، و پیچیدگی آن از دیگر سو، قانون‌گذار آلمانی را بر آن داشت که نسبت به اصلاح قانون یادشده اقدام نماید؛ ایده‌ای که سرانجام در سال ۲۰۰۱ م عملی شد و از ابتدای سال ۲۰۰۲ م به مرحله اجرا درآمد (Zimmermann, 2002, pp. 1-5). این اصلاحات با هدف «اروپایی‌سازی حقوق خصوصی» انجام شد؛ هرچند در آغاز تحت تأثیر کنوانسیون وین بود، سرانجام پس از انتقادات بسیار نویسندگان آلمانی، دیگر اسناد فراملی همچون اصول یونیفر و اصول لاندو را نیز مدنظر قرارداد (Ibid., pp. 7 – 10). در اصلاحات یادشده، مجلس آلمان گونه‌ای حق فسخ عام را پذیرفته و مواد ۳۲۳، ۳۲۴ و ۳۲۶ را به این موضوع مهم اختصاص داده است.^{۱۳} ماده ۳۲۳ قانون مدنی آلمان نص قانونی اصلی در خصوص فسخ

۱۳. از این میان ماده ۳۲۶ وضعیت متفاوتی داشته و ناظر به ناممکن شدن انجام تعهد موضوع ماده ۲۷۵ همان قانون است. می‌دانیم که به موجب ماده اخیر در سه فرض تعهد ناممکن تلقی شده و در نهایت متعهد از انجام تعهد خود معاف خواهد شد. به موجب بند ۱ ماده یادشده، ناممکن شدن خارجی (Factual impossibility) از موانع اجرای اجباری شمرده شده است. به موجب بندهای ۲ و ۳ آن ماده نیز ناممکن شدن عملی (Practical impossibility) و ناممکن شدن روحی/اخلاقی (Moral impossibility) نیز می‌توانند مبنایی موجه برای رد اجرا از سوی متعهد تلقی گردد. بند ۱ ماده ۳۲۶ در فرض تحقق هریک از موارد موضوع ماده ۲۷۵، متعهد را خودبه‌خود (Automatic release) از انجام تعهد میرا نموده است. به موجب بند ۲ آن ماده در صورت انتساب عدم اجرا به متعهدله، متعهد می‌تواند (باوجود انجام ندادن تعهد خود) اجرای اجباری تعهد متعهدله را خواستار شود. به موجب بند ۴ ماده، متعهد باید عوض دریافتی را آن‌گونه که ماده‌های ۳۴۶ و ۳۴۸ همان قانون مقرر داشته‌اند، مسترد دارد. اما آنچه بیش از همه در خصوص ماده ۳۲۶ جلب توجه کرده و درباره آن بحث شده، بند ۵ آن ماده است که به موجب آن باوجود اینکه در صدر ماده ترتیبات آزادی خودبه‌خود متعهدله از تعهد خود را پیش‌بینی نموده، به این مطلب اشاره دارد که متعهدله از حق فسخ قرارداد برخوردار خواهد بود. در نتیجه این پرسش مطرح می‌شود که پیش‌بینی بند ۵

به دلیل اجرا نکردن تعهد است. به موجب بند ۱ آن مله: «اگر کسی که به موجب قراردادی معوض به انجام کاری در موعد معین یا با شرایط معین متعهد شده است از انجام تعهد خود تخلف کند، در صورتی که متعهدتله تاریخی را برای انجام تعهد برای متعهد تعیین نماید و در عین حال نامبرده تعهد خود را انجام ندهد، وی می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید».

۱۲. دوم، قانون مدنی هلند. حقوق هلند نیز از این فرآیند بی‌نصیب نمانده است. قانون مدنی ۱۸۳۸م هلند تا حد زیادی به قانون مدنی فرانسه که در پی اشغال نظامی هلند به آن کشور تحمیل شده بود، وفادار ماند. با این حال پرونده اصلاح قانون مدنی هلند که از سال ۱۹۴۷م برعهده پروفسور مایرز نهاده شد و پس از وی دیگر حقوق دانان آن را ادامه دادند، از دهه ۱۹۷۰ به تدریج نتایج خود را نشان داد و به ترتیب قسمت‌های مختلف آن تصویب شد (Warendorf *et al.*, 2009). ۱. ابتدا در سال ۱۹۷۰م کتاب نخست قانون مدنی در خصوص حقوق خانواده اجرا شد؛ ۲. در مرحله بعد کتاب دوم آن قانون، در خصوص اشخاص حقوقی به سال ۱۹۷۶م اجرایی شد؛ ۳. در سال ۱۹۹۱م می‌توان شاهد اجرایی شدن کتاب هشتم قانون مدنی هلند در خصوص حقوق حمل و نقل بود. ۴. کتاب‌های سوم، پنجم و ششم قانون مدنی آن کشور در زمینه تعهدات و اموال به سال ۱۹۹۲م اجرا شد. از این رو فرآیند اصلاح قانون مدنی آن کشور هنوز پایان نیافته و در جریان است. از جمله اهداف به‌روزرسانی این قانون به دست دادن مدلی برای دیگر کشورهای اروپایی و در نهایت هموار کردن راه دستیابی به حقوق مشترک در اروپا بود (Smits, 2008, pp. 4 - 5, *see* also Hartkamp, 1975, pp. 1059 *et seq.* در تدوین مقررات مربوط به تعهدات، افزون بر حقوق کشورهای دیگر، از اصول یونیدرو بهره گرفته شده است (Berger, 2001, p. 879). جلد ششم قانون مدنی هلند^{۱۴} به بحث در خصوص تعهدات اختصاص یافته است. موادی از این کتاب بر بحث از فسخ به‌عنوان روش مقابله با اجرا نکردن تعهد قراردادی متمرکز شده‌اند. ماده ۶:۲۶۵ ذیل عنوان «فسخ قرارداد دوسویه به دلیل نقض قرارداد»

ماده چه فایده‌ای دارد. در نظر نویسندگان آلمانی سه دلیل برای این مسئله قابل ارائه است: ۱. بند ۱ ماده ۳۲۶ شامل فرض *یاقی غیرمنطقی* نمی‌شود. پس در این فرض متعهدتله می‌تواند با استمداد از راه حل فسخ به نتیجه مطلوب دست یازد. ۲. در صورت جزئی بودن عدم انجام، نتیجه منطقی ماده ۳۲۶ این گونه خواهد بود که متعهدتله از انجام بخشی از تعهد خود رها گردد. در چنین موقعیتی، اعمال حق موضوع بند ۵ ماده ۳۲۶ به وی این امکان را می‌دهد که خود را از انجام تمامی تعهد خود آزاد سازد. ۳. دلیل سوم ماهیتی عملی دارد. در نظر نویسندگان یادشده، قانون‌گذار این حق را به متعهدتله داده است تا در مواردی که در شمول ماده ۲۷۵ شک دارد و نمی‌داند آیا خودبه‌خود از انجام تعهدش رها شده یا نه، با اعمال حق فسخ موضوع بند ۵ از فسخ شدن قرارداد مطمئن گردد^{۱۴} (Markesinis, 2006, p. 430). ماده ۳۲۴ به طرفین حق فسخ در صورت نقض تعهد موضوع بند ۲، ماده ۲۴۱ را اعطا کرده است. در واقع اگر طرف قرارداد به‌گونه‌ای عمل کند که منافع متعامل خود را در معرض خطر قرار دهد، مبنای توجیهی برای فسخ به استناد ماده ۳۲۴ را فراهم کرده است. مثالی که در کارهای مقدماتی انجام یافته برای تهیه ق.ت.آ. برای این کار ارائه شده، به پیمانکاری اشاره دارد که نقاشی یک ساختمان را برعهده گرفته است، اما هنگام کار به اموال و ساختمان طرف قرارداد لطمه وارد کند (Ibid., p. 432).

14. English translation available at:

<<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6655.htm>>

در بند یک خود قاعده عام ناظر به فسخ را این گونه بیان می‌دارد: «هرگونه نقض تعهد از سوی یکی از طرفین به طرف دیگر حق فسخ قرارداد را می‌دهد مگر اینکه نقض تعهد با توجه به طبیعت یا اهمیت ناچیزش نتواند اعمال حق فسخ و تحمیل آثار آن به طرف دیگر را موجه سازد». ماده ۶:۲۶۷ نیز در بیان «روش‌های فسخ قرارداد دوسویه» دو روش را به این شرح مقرر داشته است: «۱. فسخ قرارداد دوسویه از طریق ارسال اخطار کتبی از سوی متعهدله به طرف دیگر تحقق می‌پذیرد... ۲. قرارداد دوسویه از مجرای حکم دادگاه که در پی اقامه دعوی از سوی متعهدله ذی‌نفع صادر شود نیز قابل فسخ است».

۱۳. **سوم، قانون مدنی فرانسه.** با اینکه قانون مدنی فرانسه به سال ۱۸۰۴ م به تصویب رسید، دکترین و رویه قضایی آن کشور در به‌روز نگه‌داشتن حقوق خصوصی آن از مجرای ارائه تفاسیر جدید از متن قانون مدنی تلاش درخوری نموده‌اند. با این حال، گذر زمان و احساس کهنگی مقررات یادشده و مهم‌تر از همه احساس نیاز به انطباق حقوق مدنی فرانسه (و به‌ویژه حقوق تعهدات و قراردادها) با پیشرفت‌های جامعه اروپا، حقوق دانان فرانسوی را بر آن داشت تا با الهام‌گیری از مقرراتی چون اصول یونیدروا، اصول لاندو و ... در صدد اصلاح قانون مدنی آن کشور برآیند. پاره‌ای از این اصلاحات به‌موجب قانون ۱۷ ژوئن ۲۰۰۸ در خصوص مرور زمان و قانون ۲۳ ژوئن ۲۰۰۶ در خصوص وصیت و عطایا تحقق یافتند. با این همه، اقدام اصلی که به اصلاح مقررات مربوط به حقوق قراردادها مربوط می‌شود هنوز عملی نشده است. به این منظور پروژه‌ای با رهبری پروفیسور کاتالا انجام پذیرفت و در سال ۲۰۰۵ م منتشر گردید که به افتخار وی «پروژه کاتالا» نامیده شد (V. Catala, 2006. For English translation see. Catala (dir), (2007). پروژه دیگری با نظارت پروفیسور تیره در آکادمی علوم اخلاقی و سیاسی انجام پذیرفته و به سال ۲۰۰۸ م منتشر گردیده است. سرانجام، دادگستری فرانسه نیز تلاش کرد و تلاش اخیر به‌ویژه از اصول لاندو و اصول یونیدروا الهام پذیرفته است (Surce (sujet, v. Picod, 2009). به‌هرروی پیش‌نویس کاتالا به این موضوع پرداخته و در ماده ۱۱۵۸ اعلام داشته است:

«در تمامی قراردادها، طرف متضرر از عدم اجرا یا اجرای ناقص، حق درخواست اجرای تعهد یا فسخ قرارداد یا مطالبه خسارت را دارد. مورد اخیر حسب مورد ممکن است به اجرای تعهد یا فسخ قرارداد افزوده شود. در صورتی که متعهدله فسخ قرارداد را اختیار نماید، می‌تواند این فسخ را از دادگاه درخواست نماید و یا اینکه خود وی، پس از مطالبه اجرای تعهد از متعهد متخلف در مهلت معقول و عدم انجام تعهد، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

در صورتی که عدم اجرای قرارداد (پس از انقضای مهلت اعطا شده به موجب پاراگراف پیشین) ادامه یابد، متعهدله فسخ قرارداد و دلیل آن را به متعهد اطلاع خواهد داد. این اظهار از زمان وصول ابلاغیه به متعهد اثرگذار خواهد بود.

پیش‌نویس کاتالا از یک سو از سنت حقوق فرانسه و از سوی دیگر از رهیافت نوین اسناد اروپایی و جهانی الهام گرفته است؛ از همین روست که در کنار فسخ ارادی یک‌سویه، همچنان از فسخ قضایی سخن به میان می‌آورد. به همین دلیل رویکرد پیش‌نویس یادشده را می‌توان مرحله گذار به رویکرد نوین دانست.

۱۴. مطالعات پیشین افزون بر نفعی که در به‌دست دادن روند فسخ قرارداد در حقوق کشورهای پیشرو دارد، می‌تواند راهکارهای قابل توجهی در تعیین سیاست تقنینی در این خصوص داشته باشد، و در چارچوب تفسیر نصوص موجود نیز می‌تواند الهام‌بخش راهکارهای تفسیری نوین باشد. مراد این نیست که راهکارهای اروپایی - چه در سطح تقنین و چه در سطح تفسیر - امکان جایابی یکسان در حقوق ایران را داشته باشند؛ چه نه تنها این ایده به لحاظ مطالعات نظری چندان موجه به‌نظر نمی‌رسد^{۱۵}، بلکه در عمل ملاحظه گردید که این سیر تکوین در کشورهای اروپایی نیز یکسان نبوده است. منظور ما صرفاً نشان دادن امکان چنین استفاده‌ای از یک سو، و بهره‌گیری برخی نویسندگان از این امکان از دیگر سو بوده است.

برای نمونه از موضوعاتی که ذیل این تحلیل می‌توان به آن توجه کرد، جایگاه و روش اجرای «تعهدات اصلی قراردادی» است. توضیح آنکه قانون مدنی ایران (از این پس، ق.م.) در خصوص تخلف از «شروط ضمن عقد» چارچوبی را در مواد ۲۳۹ - ۲۳۷ تعریف کرده، اما این قانون در خصوص روش برخورد با تخلف از تعهدات اصلی قراردادی ساکت است. در نتیجه اگر این پرسش مطرح شود که ضمانت اجرای مناسب در این خصوص چیست، بی‌اساس نخواهد بود. در پاسخ به این پرسش سه رویکرد قابل ملاحظه است:

الف) رویکرد تفسیر مضیق. این رهیافت که اندکی از نویسندگان در پیش گرفته‌اند،

۱۵. در واقع همان‌گونه که در جای دیگر اشاره کردیم (نک: حقانی، ۱۳۹۱، پاورقی ۱۹۹)، در زمینه حقوق تطبیقی دست‌کم دو رویکرد پوزیتیویستی و ساختارگرایانه قابل تمییز هستند که البته رویکرد سومی جز این دو قابل دفاع به‌نظر می‌رسد. به‌هرروی، تجویز درست راه‌حل‌های حقوق بیگانه برای حقوق داخلی، از آثار رویکرد پوزیتیویستی است که رویکرد ساختارگرا از آن به‌شدت انتقاد کرده است (در خصوص این انتقادات نک: Legrand, 1996, pp. 52 - 81; Legrand, 2005, pp. 30 - 50; Legrand, 2007, pp. 220 - 223; Legrand, 1997, pp. 111 - 124). بخش‌هایی از این کتاب به فارسی ترجمه شده است که نظریات نویسنده را برای خوانندگان فارسی‌زبان تبیین خواهد کرد.

مبنی بر تسری نیافتن مقررات مربوط به اجرای شروط به تعهدات اصلی قراردادی است. از آنجا که ق.م. در خصوص شروط ضمن عقد تعیین تکلیف کرده و در زمینه تعهدات اصلی مقرره‌ای درج نکرده است، باید پایبند به ماده ۲۱۹ ق.م. ماند و از تجویز فسخ قرارداد از سوی متعهدله خودداری نمود. از همین روست که این نویسندگان معتقدند «طرفی که با خودداری طرف دیگر قرارداد روبرو می‌شود، نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند و تنها باید در پی اجرای قرارداد و درخواست جبران خسارت ناشی از تأخیر باشد» (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۱۷۹).

ب) رویکرد تفسیر موسع. این رویکرد را برخی از نویسندگان متأخر در پیش گرفته‌اند که سعی آن‌ها روزآمد کردن ق.م. ایران از مجرای به‌دست دادن تفاسیر جدید بوده است. اینان برای فرار از مشکلات عملی ناشی از پذیرش اجرای اجباری به‌عنوان قاعده نخستین در مقابله با نقض تعهد قراردادی، معتقدند در حقوق ایران نیز همچون حقوق کشورهای اروپایی امکان فسخ مستقیم (بدون نیاز به توسل ابتدایی به اجرای اجباری) برای متعهدله وجود دارد. این راه‌حل را نه تنها برخی فقها پذیرفته‌اند، بلکه دست‌کم در خصوص قراردادهای تجاری و صنعتی مبتنی بر «خیار شرط ضمنی» مفروض در قرارداد است. افزون بر این، «می‌توان مدعی شد که در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد، اجبار او به انجام تعهد «مقدور نیست» و اجرای آن به خرج متعهد و توسط شخص دیگر نیز میسر نمی‌باشد» (خدمتگزار، ۱۳۸۷، صص ۱۹۸ و ۱۹۹). یکی دیگر از نویسندگان در کنار یاری جستن از دیدگاه‌های فقهی و شرط ضمن عقد مفروض قراردادی، از کلمه «می‌تواند» در ماده ۲۳۷ ق.م. یاری می‌جوید. «لفظ «می‌تواند» در مبحث فسخ منطقاً بدان معناست که مشروطه اختیار دارد یا قرارداد را فسخ کند یا تقاضای الزام به اجرا نماید» (صادقی نشاط، ۱۳۸۸، ص ۳۱۲).

ج) رویکرد میانه (اکثریت). اکثریت نویسندگان حقوقی راه‌حلی بینابین در پیش گرفته و بر این باورند، باوجود سکوت ق.م. نسبت به تعهدات اصلی در کلیه عقود، ملاک ماده ۲۳۹ آن قانون در خصوص این تعهدات نیز جاری است؛ از این‌رو در صورت انجام نشدن این تعهدات از سوی متعهد باید نسبت به اجبار وی به انجام تعهدات اقدام نمود و در صورت ممکن نبودن اجبار، حق فسخ برای نامبرده تحقق خواهد یافت. طرف‌داران این رویکرد معتقدند که قیاس اولویت باعث خواهد شد که این راه‌حل در خصوص تعهدات اصلی نیز جریان یافته، از این‌رو تعارضی با ماده ۲۱۹ روی نخواهد داد (برای نمونه نک: کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۲۳۶-۲۳۳؛ شیروی، ۱۳۷۷).

۱۵. موضوع دیگری که در تفسیر مقررات داخلی تأثیرگذار بوده، اثر فسخ است. باتوجه به اینکه فسخ در بسیاری از نظام‌های حقوقی اثری پس‌انگردد، برخی از

نویسندگان سعی در ارائه تفاسیر جدید نموده‌اند. لذا در خصوص اثر فسخ دو گونه نظر پدید آمده است:

الف) رویکرد سنتی (اکثریت). مطابق نظر سنتی موجود در این زمینه، فسخ عقد در حقوق ایران اثری «آینده‌نگر» دارد و تأثیری بر آثار گذشته عقد نخواهد داشت. در نظر این نویسندگان، هر چند هیچ ماده‌ای در ق.م. به صراحت اثر آینده‌نگر برای فسخ نشناخته است، ولی ملاحظه ملاک مواد ۲۸۷، ۲۵۹ و ۸۰۴ ق.م. ما را به این نتیجه خواهد رساند که فسخ عقد موجب بازگشت نمائات و منافع منفصل مبیع به فروشنده نخواهد شد؛ لذا «گسیختن پیوند ناشی از قرارداد، نسبت به آینده صورت می‌گیرد و وجود عقد را از آغاز حذف نمی‌کند. بنابراین اگر طرفی که به موجب عقد مالک شده تصرفی در ملک کرده باشد، فسخ آن را باطل نمی‌کند» (حیاتی، ۱۳۸۱، ص ۷۵).

ب) رویکرد نوین (اقلیت). عده‌ای از نویسندگان در سال‌های اخیر دست به ارائه تفسیری نوین زده و معتقدند فسخ در حقوق ایران نیز اثری پس‌انگَر داشته، عقد را از آغاز از بین می‌برد. در واقع این نویسندگان خواسته‌اند از این راه حقوق ایران را با حقوق کشور فرانسه و دیگر اسناد، هماهنگ سازند. در نظر این نویسندگان، از یک سو، مواد پیش‌گفته ق.م. مخصوص «اقاله»، «بیع شرط» و «هبه» بوده، نمی‌توان با الغای خصوصیت مفاد آن‌ها را به فسخ قرارداد نیز تسری داد. از دیگر سو، قانون‌گذار فسخ را در ماده ۲۶۴ از اسباب سقوط تعهدات نیآورده و این قرینه‌ای بر پس‌انگَر دانستن فسخ است. وانگهی، از نظر تحلیلی نیز این راه حل شایسته حمایت دانسته شده است؛ چراکه پذیرفتن اثر پس‌انگَر برای فسخ با مبنای فسخ در تعارض خواهد بود. به این ترتیب که اگر اراده ضمنی طرفین مبنای فسخ است، ظاهر اینست که این اراده اثر پس‌انگَر برای فسخ قائل است و اگر قاعده لاضرر مبنای قرار گیرد نیز لاجرم باید اثر پس‌انگَر برای فسخ بشناسیم؛ وگرنه موجبات ایراد ضرر بر مغبون در خصوص خیار غین را فراهم آورده‌ایم. توضیح آنکه شناسایی نشدن اثر پس‌انگَر برای فسخ موجب خواهد شد نمائات مبیع از زمان عقد تا زمان فسخ متعلق به مشتری مغبون باشد و این ضررها تدارک نشده باقی بمانند. پس قاعده لاضرر نیز اقتضا دارد که فسخ اثر پس‌انگَر داشته باشد (حیاتی، ۱۳۸۱، ص ۷۵).

نتیجه

حق فسخ به‌عنوان راه جبرانی نقض تعهد قراردادی در آغاز در حقوق روم جایگاهی نداشت. نبود قاعده عام در خصوص فسخ تا آن زمان که بیع عقدی عینی بود ایجاد اشکال نمی‌کرد، ولی با رضایی شدن عقد بیع و در پی آن وقوع بیع نسیه و امکان تخلف

از اجرای تعهد قراردادی، حقوق دانان رومی این خلأ را احساس کردند. برای پاسخگویی به این نیاز، حقوق دانان و عرف تجاری دست یاری به سوی شروط ضمنی دراز کردند و از این فرآیند لکس کمیسوریا زاده شد؛ گونه‌ای شرط ضمنی که به فروشنده حق می‌داد در صورت تأدیه نشدن ثمن در مدت معین، نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. با ورود به فضای رنسانس و احساس نیاز به تنظیم قوانین ملی بر اساس میراث حقوق روم، خلأ مشابهی از سوی قانون‌گذاران ملی احساس شد. برای رفع این خلأ، در آغاز نویسندگان و در ادامه قانون‌گذاران راه‌های گوناگونی در پیش گرفتند؛ به این معنا که فرانسویان از تکنیک «شرط فاسخ ارتکازی» سود جستند و آلمانی‌ها خود را از سنت رومی تا حدی بریده، فسخ را «یقاعی» مستقل دانستند. در انگلستان که از حقوق روم تأثیر ناچیزی گرفته، فسخ در اذهان حقوق دانان به صورت گونه‌ای از «اقاله» شکل گرفته است.

با قدم برداشتن کشورهای اروپایی به سوی وحدت حقوقی در دنیای پس از جنگ دوم جهانی، بحث فسخ نیز شاهد گذار به مرحله‌ای نوین بوده است. در این مرحله فسخ به‌مثابه قاعده‌ای «عام» پذیرفته شده، وانگهی نیاز به توجیه آن در قالب‌های قراردادی دیده نشده و همانند رویکرد قانون‌گذار آلمان، گونه‌ای «عمل حقوقی یک‌سویه» تلقی شده است. نگاهی به قوانین داخلی کشورهای اروپایی نیز نشان از برداشتن نخستین گام‌ها به این سو داد.

قانون مدنی ایران در بحث راه جبرانی نقض تعهد قراردادی به‌طور عام و در خصوص فسخ قرارداد به‌طور خاص، با ناکارآمدی همراه است و نیز دربر دارنده ابهاماتی است. نگاهی تحلیلی به چاره‌اندیشی اروپاییان در خصوص همین موضوعات، شیوه‌ای مطلوب برای درپیش گرفتن روشی مناسب در برخورد با مسائل تقنینی و تفسیری ناظر به فسخ است؛ روشی که پیش‌تر نیز تا حدی از آن استفاده شده است و بهره‌گیری روشمند از آن می‌تواند دستاوردهای شایان توجهی داشته باشد.

منابع

۱. امینی، منصور (۱۳۸۲)، «انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظامهای حقوقی، آلمان، فرانسه و ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۷، صص ۱۷۴-۱۵۳.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *المکاسب*، ج ۵، چ ۱، قم: مجمع جهانی اهل بیت.
۳. بیگدلی، سعید (۱۳۹۲)، *تعدیل قرارداد*، چ ۳، تهران: میزان.
۴. حقانی، سعید (۱۳۹۱)، *گروه منفعت اقتصادی؛ ماهیت و ساختار*، چ ۱، تهران: شهردانش.
۵. حیاتی، علی‌عباس (۱۳۸۱)، «آثار فسخ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق مدنی ایران، مصر و فرانسه»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، ش ۱۵، صص ۹۶-۷۳.

۶. خدمتگزار، محسن (۱۳۸۷)، «بررسی تطبیقی حق فسخ به عنوان یکی از چاره های قانونی نقض تعهدات قراردادی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۷، صص ۲۰۴-۱۸۳.
۷. داوید، رنه (۱۳۷۸)، *نظامهای بزرگ حقوق معاصر*، ترجمه حسین صفایی و همکاران، چ ۴، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۸. ساعی، محمدهادی و کزازی، امین (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی اثر قهرقایی فسخ»، نامه مفید، ش ۷۹، پیاپی، صص ۴۲-۲۵.
۹. سیمایی، حسین و حقانی، سعید (۱۳۸۹)، «شرکت اروپایی؛ خاستگاه، تشکیل و ساختار»، یادنامه شادروان دکتر امیرحسین فخاری، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۲، صص ۳۱۰-۲۸۱.
۱۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، *آثار قراردادهای و تعهدات*، چ ۲، تهران: انتشارات مجد.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، چ ۲، تهران: مجد.
۱۲. شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷)، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، مجله مجتمعه آموزش عالی قم، ش ۱، صص ۷۲-۴۹.
۱۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)، *حقوق تطبیقی*، چ ۸، تهران: سمت.
۱۴. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، ش ۴، صص ۳۱۴-۲۹۷.
۱۵. کاتبرت، مایک، (۱۳۸۰)، *حقوق اتحادیه اروپا*، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، چ ۱، تهران: شهر دانش.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *قواعد عمومی قراردادهای*، چ ۳، ش ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کدخدایی، عباس (۱۳۸۰)، *ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی*، چ ۱، تهران: نشر میزان.
۱۸. لوگراند، پیر (۱۳۸۷)، *حقوق تطبیقی*، ترجمه و توضیح علیرضا محمدزاده وادقانی، چ ۱، تهران: میزان.
۱۹. محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۰)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چ ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۰. نوری، محمدعلی (۱۳۸۰)، *عقود و تعهدات به طور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه*، چ ۱، تهران: گنج دانش.
۲۱. یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق)، *حاشیه المکاسب*، ج ۲، چ ۱، قم: اسماعیلیان.
22. Bart, Jean, (1998), *Histoire du droit privé ; de la chute de l'empire romain au XIX siècle*, montchrestien, Paris.
23. Berger, Klaus Peter, (2001), 'Harmonisation of European Contract Law; the Influence of Comparative Law', *International & comparative Law Quarterly*, Vol. 50, pp. 877-900.
24. Bonell, Michael Joachim, (2008), 'the CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law', *American Journal of Comparative Law*, vol 56, no 1, pp. 1-28.
25. Borkowski, Andrew & Du Plessis, Paul, (2005), *Text book on Roman Law*, 3rd ed., OUP: Oxford.
26. Cabrillac, Rémy, (2006), *Droit des obligations*, 7^e éd., Dalloz: Paris.
27. Carbonnier, Jean, (1998), *Droit civil*, t. 4 (les obligations), 21^e éd., puf: Paris.
28. Catala, Pierre, (2007), *proposals for reform of the law of obligations*, translated by John Cartwright & Simon Wittaker, OUP: Oxford.

29. Catala, Pierre, (2006), avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, la documentation française: Paris.
30. Chabas, Cécile, (2010), 'Résolution-Résiliation', Répertoire Dalloz, Classeur civil.
31. Civil code of the Netherlands, English translation available at: <<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6655.htm>> (last visited December 5, 2013).
32. Collins, Hugh, (2008), The European Civil Code: The Way Forward, Cambridge: Cambridge University Press.
33. Ferrand, Frédérique, (1997), Droit privée allemand, Dalloz: Paris.
34. Hartkamp, Arthur S., (1975), 'Civil Code Revision in the Netherlands: A Survey of Its System and Contents, and Its Influence on Dutch Legal Practice', Louisiana Law Review, Vol. 35, pp. 1059-1090.
35. Legrand, Pierre, (1996), 'European Legal Systems Are not Converging', International and Comparative Law Quarterly, vol. 45, pp 52-81.
36. Legrand, Pierre, (2007), 'comparative Law', in: Encyclopedia of law and society, David S. Clark (ed.), Sage.
37. Legrand, Pierre, (2005), 'Issues in the Translatability of Law', in: Nation, language, and the ethics of translation, Bermann, Sandra, Wood, Michael (eds.), Princeton University Press: Princeton.
38. Legrand, Pierre, (1997), 'the Impossibility of legal transplants', Maastricht journal of European and comparative law, no 4, pp. 111-124.
39. Lévy, Jean-philippe et Castaldo, André, (2002), Histoire du droit civil, 1^{ère} éd., Dalloz: Paris.
40. MacQueen, Hector L. et al, (2003), Regional Private Laws and Codification In Europe, Cambridge: Cambridge University Press.
41. Markesinis, Basil et al, (2006), the German law of contract; a comparative treatise, 2nd ed., Hart publishing: Oxford.
42. Marty, Gabriel et Raynod, Pierre, (1988), Droit civil : les obligations, t. 1, 2^{ème} éd., Sirey: Paris.
43. McKendrick, Ewan, (2005), Contract law; text, cases and materials, 2nd ed., OUP: Oxford.
44. Méga code civil, Dalloz, Paris, 8^{ème} éd., 2009, rédigée sous la direction de Xavier Henry. version, numérique, disponible, à : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20121107>> (page consultée 7 Octobre 2012)
45. Ourliac, p. et De malafose, J., (1969), Histoire du droit privé, t.2, 2^e éd., PUF: Paris.
46. Picod, Yves, 'les projets français sur la réforme du droit des obligations', revista para el analisis del derecho, Barcelona, Octubre 2009, disponible à: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499134> (last visited November 2, 2012).
47. Smits, Jan M., 'the German Schuldrechtsmodernisierung and the new Dutch civil code: a study in parallel', Tilburg institute of comparative and transnational law

working paper n. 2008/7, available at:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1240562>

48. Stein, Peter, (2007), Roman law in European history, 11th ed., Cambridge: Cambridge university press,.
49. Trayner, John, (reprinted 2001), Latin phrases and maxims, Edinburgh: UK.
50. Treitel, G.H., (2004), An outline of the law of contract, 6th ed., OUP: Oxford.
51. Treitel, G.H., (2003), The law of contract, 11th ed., Sweet & Maxwell.
52. von Bar, Christian et al., (2009), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier: Germany.
53. Warendorf, Hans et al., (2009), the civil code of the Netherlands, Kluwer law international: the Netherlands.
54. Zimmermann, Reinhard, 'Breach of contract and remedies under the new German law of obligations', Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 2002, available at:
<<http://www.scribd.com/doc/59193471/Breach-of-Contract-and-Remedies-Under-the-New-German-Law-of-Obligations-Reinhard-Zimmermann>> (last visited November 2, 2012)
55. Zimmermann, Reinhard, (1999), the law of obligations: roman foundations of the civilian tradition, OUP: Oxford.
56. Zweigert, Konrad & Kotz, Hein, (1998), An Introduction to Comparative Law, translated by Tony Weir, Clarendon Press: Oxford.