

انحلال قهری و اختیاری قرارداد متعذر شده

مجید بنایی اسکویی*

تاریخ وصول: ۹۱/۷/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۹۱/۱۲/۹

چکیده

قرارداد، پدیده‌ای حقوقی است که اجرای مفاد آن مدتی ادامه می‌یابد و بطور معمول، با انجام تعهد، خاتمه می‌پذیرد. دوران اجرای قرارداد، و چگونگی پایان آن، به نوع، موضوع و علل مختلفی بستگی دارد، شناخت دقیق هر یک از این عوامل، به نحو قابل توجهی به اجرای آن کمک می‌کند. بی‌گمان، اجرای تعهد ساده‌ترین راه برای انجام هر قرارداد است، اما این امر همیشه به آسانی ممکن نیست، گاهی بنابه دلایلی که خارج از اراده متعاقدين است، امکان اجرا، برای مدت زمان موقت یا دایم وجود ندارد و متعذر می‌شود. تعذر اجرای تعهد بر دو گونه است: نوع اول که از نظر زمانی همزمان با ایجاد تعهد ایجاد می‌شود، تعذر اصلی نامیده می‌شود. این تعذر از اساس، مانع ایجاد تعهد می‌گردد. در نوع دوم، تعذر طاری یا تعذری که پس از تشکیل عقد ایجاد می‌شود، بر خلاف تعذر اصلی تعهد، ایجاد شده اقتضای استمرار دارد، اما به سبب برخی موانع، اجرای آن امکان‌پذیر نیست. با وقوع تعذر، شرایط و تعهدات طرفین و همچنین قرارداد تغییر می‌کند و ممکن است انحلال قهری یا اختیاری قرارداد را در پی داشته باشد.

کلیدواژه‌ها: تعهد، اجرا، تعذر، انحلال قهری و اختیار.

رویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱- مقدمه

امروزه در حقوق تعهدات، اصل ثبات یا استحکام قراردادها را، به عنوان یک قاعده کلی و عمومی به رسمیت می‌شناسند. نتیجه عملی این اصل، الزام طرفین به پایبندی به انجام تعهدات مندرج در قرارداد است. اگرچه ساده‌ترین راه برای پایان قرارداد، پایبندی طرفین به مفاد آن است، اما در برخی موارد، به دلایلی وفای به عهد دشوار و گاه غیرممکن می‌گردد. عدم امکان اجرای قرارداد، ممکن است به سبب بی‌مبالاتی و تقصیر طرفین قرارداد، یا به‌گونه‌ای قابل انتساب به آنان باشد این امکان نیز وجود دارد که متعاقدين نقشی در شرایط بوجود آمده نداشته باشند به عبارت دیگر انجام نشدن تعهد، خارج از خواست و اراده آنان باشد. تعذر اجرای قرارداد، ناظر به قسم اخیر است؛ یعنی هنگامی که قرارداد، به دلایلی خارج از اراده متعاهدین متعذر شود.

به لحاظ نظری، بحث تعذر اجرای قرارداد، به شکل کنونی بطور منسجم و در قالب موضوعی مشخص، سابقه دیرینه‌ای در حقوق ندارد و معمولاً بطور پراکنده از آن سخن به میان آمده است. حقوقدانان، به مناسبت بحث وفای به عهد، بطور غیرمنسجم به این موضوع نیز پرداخته‌اند. در حقوق ایران، به ویژه در قانون مدنی نیز بحث از تعذر جایگاه خاصی ندارد و حتی در موارد مصرحهٔ خیارات، از خیار تعذر سخنی به میان نیامده است. هرچند در مواد پراکنده به چنین خیاری اشاره شده، اما عدم ذکر صریح آن در کنار سایر خیارات، باعث شده که برخی منکر وجود چنین خیاری گردند. در فقه، این موضوع نسبت به حقوق کشور ما وضعیت بهتری دارد، ولی باید گفت که این موضوع نیز در فقه آنچنان که باید، مورد توجه قرار نگرفته است. در اغلب موارد، فقها به مناسبت بحث از بیع، از تعذر تسلیم نیز سخن به میان آورده‌اند. برخی نیز، به این موضوع به عنوان یکی از قواعد فقهی نگریسته‌اند. در حقوق خارجی نیز تعذر اجرا به شکل کنونی در قالب فورس ماژور، فراستریشن و عدم امکان اجرا مطرح شده است که نسبت به حقوق داخلی از قدمت بیشتری برخوردار است.

در صورتی که تعذر، برای همیشه اجرای قرارداد را غیرممکن کند، عقد خود به خود منحل می‌شود و اگر متعذر شدن اجرا تنها به مدت زمان خاصی محدود می‌گردد، عقد منحل نمی‌شود، لیکن متعهده ملزم به مجبور نیست، تا رفع تعذر منتظر بماند و می‌تواند با اعمال خیار تعذر اجرای تعهد و تسلیم، از قراردادی که تعهدی، له یا علیه او ایجاد کرده، رهایی یابد.

۲- مفهوم خیار تعذر

واژه «خیار»، اسم مصدر «اختیار» یا مصدری است به معنی اختیار و مقصود از آن، اختیاری است که شخص در فسخ معامله دارد. به همین جهت، در برخی موارد همراه با کلمهٔ فسخ می‌آید و می‌گویند «خیار فسخ». در واقع، خیار، ایقاعی است برای برهم زدن یک عمل حقوقی، که ناظر بر آینده است و در گذشته اثری ندارد. از آنجا که خیار یک حق مالی است در نتیجه قابل اسقاط است. اسقاط خیار، یک عمل حقوقی یک جانبه است و نیازی به رضایت طرف دیگر ندارد. یکی از علل سقوط تعهدات که در ماده ۲۶۴ قانون مدنی به آن اشاره نشده، فسخ قرارداد توسط یکی از طرفین یا شخص ثالث به موجب یکی از خیارات پیش بینی شده در قانون است (صفایی، ۱۳۸۳، صص ۲۷۳-۲۷۲ و کاتوزیان، ۱۳۷، صص ۵۶-۵۳). تعذر نیز از مصدر باب تفعّل است و ریشه آن عذر به معنای بهانه، یا حجتی برای عدم انجام کار متعهد شده است (قریشی، ۱۳۶۱، ص ۳۱۰ و انیس، ۱۳۷۶، ص ۵۹۰). اگرچه برای تعذر معانی دیگری نیز ذکر شده، لیکن معنای رایج آن همان است که ذکر شد (راغب، ۱۴۱۲، ص ۵۵۵ و فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۹۳ و طریحی، ص ۳۹۷ و ابن منظور، ص ۵۴۵ و مهیار، ۱۴۱۰، ص ۶۰۳). لیکن خیار تعذر، عبارت است از حق فسخ قرارداد در صورتی که اجرای تعهد به دلایلی که خارج از اراده متعاقدين برای مدت زمان محدودی ناممکن می‌گردد. این خیار، بیش از آن که مبنای حقوقی داشته باشد، متکی به مبانی فقهی است و در فقه به مناسبت بحث از شرایط بیع، از آن سخن به میان آمده است. برخی از حقوقدانان نیز به وجود خیار فوق اشاره کرده‌اند و برای توجیه مبنای آن به ماده ۲۴۰ قانون مدنی استناد جسته‌اند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲). در واقع شاید بتوان گفت خیار تعذر اجرای تعهد، لازمهٔ عدالت معاوضی است و لذا اجرای تعهد از طرفی که خود قادر به انجام تعهد نیست، قابل قبول نیست؛ زیرا در عقد معاوضی، یکطرف قرارداد نمی‌تواند بدون آنکه عوضی بدهد، خواستار دریافت معوض گردد و به واقع، عوض و معوض را یکجا در اختیار بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۹۷).

۳- وضعیت قرارداد پس از وقوع تعذر

هرگاه پایبندی به مفاد قرارداد در هنگام عقد آن متعذر گردد، تعذر اصلی نام دارد. در این حالت، اساساً وقوع تعذر مانع تشکیل عقد می‌شود. تعذر اصلی، در فقه تحت عنوان شرط قدرت بر تسلیم به عنوان شرط موضوع تعهد مورد بررسی قرار گرفته است (حکیم، ۱۳۷۱، ص ۳۹۵ و نجفی، ۱۳۹۴، ص ۳۹۰).

را به عهده دارد، می‌تواند اجرای تعهد خود را به اجرای تعهد طرف دیگر موکول نماید و به اصطلاح، از حق حبس استفاده نماید. در نتیجه مستأجر باید در قبال مال الاجاره‌ای که می‌پردازد، همه منافع را یک‌جا دریافت کند و تا دریافت کل منافع از حق حبس خود سود جوید، در حالی که این منافع در عالم خارج و حین العقد وجود ندارد و این خود مستلزم دور است. همچنین در مورد اجاره اشخاص آنچه موضوع عقد قرار می‌گیرد، تعهدی است کلی و امکان تملیک منافع نیروی کاری که هنوز محقق نشده است، وجود ندارد. به عبارت دیگر، سلطه‌ای که مالک منفعت بر عین مستأجره دارد، با سلطه‌ای که در اجاره اشخاص مطرح می‌باشد، متفاوت است و در مورد انسان عملی نیست، تا بتوان از تملیک سخن به میان آورد و استناد به مفهوم عرفی تسلیم و تسلیط نیز ایرادات وارد بر تملیکی بودن عقد اجاره را مرتفع نمی‌سازد (اخلاقی، ۱۳۸۰، ص ۱۴۴). علاوه بر این، عرف، تملیک کل منافع به مستأجر و تملک کل مال الاجاره به مؤجر را نمی‌پذیرد. آنچه در قانون مدنی نیز آمده، با واقعیت‌های اجتماعی فاصله فراوانی دارد. بنابراین، با توجه به ایراداتی که بر تملیکی بودن عقد اجاره در حقوق ایران وجود دارد، بنظر می‌رسد به‌ناچار باید از تعریف سنتی عقد اجاره صرف‌نظر کرد و همگام با تحولات و نیازهای جامعه از تجربیات دیگران بهره جست. به این منظور، خارج ساختن اجاره، از عقد تملیکی به عهدی می‌تواند از ایجاد اشکالات یاد شده جلوگیری کند، تا با عرف و واقعیت‌های اجتماعی نیز تطبیق و سازگاری بیشتری داشته باشد (اسکویی، ۱۳۸۹، ص ۹۴).

صرف نظر از مباحثی که در خصوص چگونگی انحلال برخی از عقود مستمر مطرح است، ایجاد و استمرار تعذر در قرارداد و تعهد حائز اهمیت است. اگر تعذر پس از حدوث، برای همیشه اجرای تعهد یا تسلیم را ناممکن سازد، در این وضع، تعذر دایمی است. اما، تعذر موقت، هنگامی بوجود می‌آید که مدت زمان تعذر محدود است و از نظر عرفی، امکان اجرای تعهد امکان‌پذیر باشد. بنابراین، محدودیت زمانی تعذر، محدودیت عرفی است و بر همین مبنا، در تعذر طاری از آنجا که احتمال قدرت بر تسلیم، عرفاً و عقلاً منتفی نیست فقها آن را به تعذر دایم الحاق نمی‌نمایند (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۱۳). باید به این نکته نیز اشاره کرد که هرگاه تعذر بطور دایمی باشد، یا در صورت موقت بودن، تمام زمانی که اجرای تعهد و تسلیم در آن، به نحو وحدت مطلوب مورد نظر می‌باشد را گیرد، بحث از فسخ موضوعیت ندارد؛ زیرا در این حالت، اجرای تعهد برای همیشه محال است و سخن از انفساخ مطرح می‌گردد.

در این نوشته از تعذر اصلی سخن به میان نمی‌آید زیرا، فرض بر این است که تعهد با وجود همه شرایط و ارکان آن تحقق یافته و بحث اجرای آن مطرح است. بر خلاف تعذر اصلی، در تعذر طاری، تعهد پدید آمده است و اقتضای استمرار دارد؛ اما به سبب بروز موانع، در اجرای تعهد مشکل ایجاد می‌شود. بدیهی است در چنین شرایطی باید تا حد امکان برای برطرف کردن این موانع کوشید؛ مگر اینکه امکان اجرای تعهد ناممکن باشد. در غالب موارد، تعذری که مانع اجرای تعهد می‌گردد با تأثیر بر تعهد شروع می‌شود و به عنوان ضمانت اجرا به سبب ایجاد تعهد، یعنی عقد سرایت می‌کند و موجب انحلال قهری یا اختیاری آن می‌شود. به عبارت دیگر، با عدم امکان اجرای تعهد، تعهد بطور مستقیم ساقط نمی‌شود، بلکه با انحلال عقد، نتیجتاً تعهد نیز ساقط می‌شود. البته در عقود مستمر، تعهد به محض انعقاد عقد بوجود می‌آید، (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸۴) لکن باید توجه داشت که فرض تعذر اصلی تنها به هنگام ایجاد عقد و تعهد نیست، بلکه ممکن است در آینده و پس از تشکیل عقد نیز متعذر گردد، بنابراین قرارداد نسبت به تعهدات پس از حدوث تعذر باطل است (لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۷۷). فرض تعذر اصلی پس از ایجاد تعهد یا در اثنای اجرای آن، در همه عقود جاری نیست بلکه تنها در عقود مستمر قابل تصور است، از همین رو، برخی متعذر شدن اجرای تعهد در برخی عقود، از قبیل اجاره را موجب بطلان آن می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، صص ۳۰۲-۴۱۲)، لیکن قاعده‌ای که در حقوق ایران پذیرفته شده انفساخ عقد است؛ به عبارت دیگر، با پذیرش بطلان قرارداد، باید به اعاده وضع پیش از عقد معتقد بود در حالی که هیچگاه در خصوص اجاره‌ای که در اثنای مدت، قابلیت استدامه ندارد، روابط پیشین دچار خلل نمی‌شود و اثر انحلال تنها ناظر به آینده است. به اعتقاد نگارنده، این مشکل از این امر سرچشمه می‌گیرد که در حقوق ایران، به تبعیت از فقه، عقد اجاره تملیکی شناخته شده است. بر همین مبنا، کل منافع به مستأجر و کل مال الاجاره به مؤجر واگذار و تسلیم می‌گردد، در حالی که، بنا به قاعده معروف «تملیک معدوم، محال است» و اینکه منافع در اجاره، به تدریج ایجاد می‌شود و به همین دلیل عنصر زمان در آن نقش حیاتی دارد و در صورت فقدان اجاره باطل است و این منافع حین العقد معدوم است (امامی، ۱۳۵۷، ص ۵۲) و اساساً قابل تملک نیست، ضمن اینکه نظریه تملیکی بودن عقد اجاره، با برخی از آثار عقد مذکور تعارض دارد. توضیح آنکه عقد اجاره، مثل همه عقود معوض، حقوق و تکالیفی را برای طرفین عقد ایجاد می‌کند، از جمله اینکه طبق قاعده کلی معاوضات، هر یک از طرفین که تسلیم مالی

۴- انحلال قهری قرارداد

در این قسمت به این سوال پاسخ می‌دهیم که آیا تعذر اجرای یکی از دو تعهد ناشی از عقد معوض به سقوط تعهد دیگری و انحلال قهری عقد می‌انجامد؟ برای سقوط تعهد مقابل، دو شرط ضروری است: اولاً- تعذری که سبب انحلال قهری قرارداد و انتفای تعهدات ناشی از آن می‌شود، باید مطلق و دایمی باشد. ثانیاً- تعذر باید بر تعهد اصلی- ناشی از قرارداد طاری شده باشد. لذا چنانچه این تعذر، ناظر به تعهدات فرعی یا تعهدات ناشی از ایجاد اثر مستقیم عقد باشد، به خودی خود موجب انحلال عقد نمی‌گردد. در قاعده ضمان معاوضی، متعهده در صورتی ملتزم به اجرای تعهد خود است که به عوض مورد تعهد مقابل دست یابد. در صورت عدم امکان اجرای تعهد مقابل، تعهد او نیز ساقط می‌شود. این قاعده از مواد ۵۲۷، ۵۵۱، ۵۸۳، ۵۸۷، ۶۴۹، ۵۲۷، ۳۸۷، ۴۸۱، ۴۸۳، ۴۹۶، ۵۲۷، ۵۵۱، ۵۸۳، ۵۸۷، ۶۸۳ قانون مدنی استنباط می‌شود. با استقرا در این مواد، می‌توان این قاعده را استخراج کرد که با تعذر دایم اجرای یکی از دو تعهد در عقود معوض، تعهد مقابل نیز از بین می‌رود و عقد انحلال می‌یابد. بدین معنی که در همه عقود معوض، اجرای تعهد یک طرف، منوط به اجرای طرف دیگر است و هرگاه اجرای تعهد یک طرف متعذر و ناممکن گردد، اجرای تعهد متقابل نیز منتفی است (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲). در واقع، پیوند و رابطه بین دو عوض، تراضی است که تعهدات متقابل را به عنوان یک کل تجزیه‌ناپذیر ساخته است و لذا متعاقدين هیچ‌گاه از ابتدا نخواسته‌اند دو تعهد مستقل و جدای از هم به وجود آورند. با این توجیه، می‌توان گفت: تعذر اجرای تعهد یک طرف، اجرای تعهد دیگری را منتفی می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴۸). در حقیقت، تشکیل عقد برای انجام تعهدات متقابل است. بنابراین، هنگامی که امکان اجرای تعهد، از سوی یکی از متعاقدين سلب می‌شود، درخواست اجرای تعهد از طرف مقابل، با قصد مشترک طرفین در تعارض است. بر همین مبنا، هنگامی که اجرای قرارداد، به علت عوامل خارج از اراده طرفین متعذر می‌گردد، پایبند دانستن آنها به قرارداد، با قصد طرفین ناسازگار است؛ زیرا آنان، انجام کاری ناممکن را بر عهده نگرفته‌اند و هنگام انعقاد قرارداد، این فرض اساسی مدنظر آنان مبنای تشکیل عقد بوده است، اجرای قرارداد، منوط به امکان اجرای آن می‌باشد. بدیهی است، متعاهدین با انعقاد قرارداد، ملتزم به اجرای مفاد آن می‌گردند، اما بقای این التزام مقید و وابسته به یک قاعده عقلی، یعنی ممکن بودن اجراست.

در مقررات پراکنده دیگر نیز می‌توان مثال‌هایی برای وجود خیار تعذر آورد. از جمله در حمل و نقل دریایی، به این موضوع توجه شده است. در ماده ۱۳۱ قانون دریایی ایران، آمده: «هرگاه

کشتی نتواند به علت ممنوع بودن تجارت با بندر مقصد و یا محاصره اقتصادی بندر مقصد و یا به علت قوه قهریه حرکت کند، قرارداد مسافرت کان لم یکن تلقی می‌گردد و هیچ‌یک از طرفین، حق مطالبه خسارت از طرف دیگر را نخواهد داشت». در حقوق انگلیس، عدم امکان اجرای عقد بعثت تعذر اجرا، از موارد انحلال قرارداد به شمار می‌رود. انحلال قرارداد در قالب قاعده «فراستریشن» مطرح است. فراستریشن، در واقع پایان زود هنگام قرارداد بدون آنکه تعهد اجرا گردد، می‌باشد. یعنی زمانی که به عللی خارج از اراده متعاقدين، شرایط ایجاد شده برای اجرای قرارداد به اندازه‌ای متفاوت از منظور طرفین است که امکان اجبار متعهد به اجرای مفاد قرارداد غیرمنطقی و غیر قابل پذیرش است. (walker, 1980, p. 500) بر همین مبنا، قرارداد بدون نیاز به اقدام ثانوی بطور قهری منحل می‌شود و این رویه در محاکم نیز پذیرفته شده است. (Cheshire & Fifoot, 1976, p. 558)

در حقوق مصر نیز، تعذر مطلق و دایمی تعهد اصلی ناشی از قرارداد موجب انحلال قهری آن می‌شود و دیگر نیازی به حکم دادگاه یا اعمال حق فسخ از سوی متعهده ندارد (سنهوری، ۱۹۵۸، ص ۹۹۱). از این رو، در ماده ۱۵۹ قانون مدنی مصر آمده: «در عقود معوض هنگامی که تعهد (التزام) به علت عدم امکان اجرا ساقط می‌شود، تعهدات مقابل نیز ساقط شده و عقد به خودی خود (قهری) منفسخ می‌شود»^۱.

۵- انحلال اختیاری قرارداد

علی القاعده تسلیم و اجرای تعهد از دو فرض خارج نیست؛ یا امکان تسلیم و اجرای تعهد وجود دارد، در نتیجه نظر به اصل لزوم اجرای تعهد، باید تا هنگامی که امکان اجرا وجود دارد تعهد انجام گردد، یا اجرای تعهد و تسلیم به واسطه تعذر ناممکن می‌گردد، که در این صورت، تعذر طاری بر خود تعهد، و گاه سبب آن، یعنی قرارداد مؤثر واقع می‌شود. تعذر اجرای تعهد، ممکن است برای مدت زمان محدود یا نامحدود باشد. بدیهی است در تعذر نامحدود و مطلق، امکان اجرای تعهد محال است، اما در تعذر محدود و موقت، اجرای تعهد، یا تسلیم محال فرض نمی‌شود. بحث خیار تعذر، اصولاً در تعذر مطلق و موقت مفهوم پیدا می‌کند. مقصود از تعذر موقت، صورتی از تعذر است که برای زمان محدودی طاری می‌گردد که اولاً- قابل اغماض نیست ثانیاً- اجرای تعهد در محدوده زمانی که تعذر تمام آن را فرا

۱. «في العقود الملزمة للجانبين اذا افضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، اقتضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد من تلقاء نفسه»

گرفته است، به نحو وحدت مطلوب مورد نظر متعهدله نیست. در حالت تعذر مطلق و موقت، متعهد نمی‌تواند تعهد و تسلیم را برای مدت محدود، نه شخصاً و نه توسط دیگران اجرا کند از این رو، از اجرای آن بطور موقت معاف است. در مقابل، به مقتضای معاوضه، متعهدله نیز می‌تواند از انجام مورد تعهد و تسلیم برای مدت محدود امتناع نماید، یا برای دفع ضرر قرارداد را فسخ کند. بنابراین، یکی از آثار تعذر مطلق و موقت، اختیار فسخ قرارداد است که به نوبه خود اهمیت به سزایی در بحث تعذر دارد.

۶- خیار فسخ

هنگامی که متعهدله با تعذر مطلق و موقت مواجه می‌شود این سؤال مطرح می‌گردد که آیا متعهدله ناگزیر است تا رفع تعذر منتظر بماند، یا می‌تواند به طریقی از قراردادی که تعهدی به نفع یا احیاناً علیه او ایجاد نموده خلاصی یابد؟ به عبارت دیگر آیا زمانی که قرارداد، به عللی از قبیل قوه قهریه برای مدت زمان محدود، ولی غیرقابل اغماض، امکان اجرا نداشته باشد، می‌توان طرف دیگر قرارداد را ملزم به حفظ عقد نمود؟ در قانون مدنی در مورد تعهدات اصلی سخنی به میان نیامده است، اما در خصوص تعهدات فرعی، یعنی تعهدات ناشی از شرط ضمن عقد احکام آن را بیان نموده است. در ماده ۲۳۹ قانون مدنی آمده: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه 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». البته این ماده، بطور کلی به تعذر مطلق و موقت ارتباط دارد و آنچه ملاک حکم این ماده است تحقق تعذر مطلق (موقت) در دستیابی متعهدله به فعل مشروط است. از نظر متعهدله، فرقی نمی‌کند که عدم امکان اجرای قرارداد، به سبب تعذر و ناتوانی غیر ارادی متعهد به وقوع پیوسته است، یا متعهد از اجرای تعهد امتناع نموده و سؤنیت دارد بر همین مبنا، فرض مذکور در ماده ۲۳۹ قانون مدنی از این جهت که مشروط‌علیه نمی‌تواند به موضوع شرط دست یابد، تحقق یافته است. چنانکه برخی حقوقدانان ناتوانی مالی مشروط‌علیه را در وفای به شرط، خواه اعسار باشد، خواه تفلیس مشمول ماده ۲۳۹ قانون مدنی دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۱۹) از ماده ۲۳۹ قانون مدنی، معلوم می‌گردد که اگر تعذر مطلق و موقت به تعهد فرعی، یعنی آنچه مشروط‌علیه به موجب شرط ضمن عقد، بر عهده گرفته است طاری گردد مشروط‌له حق دارد قرارداد را فسخ کند. در نتیجه تعهد با تعذر مطلق و موقت ساقط نمی‌شود، بلکه ممکن است با فسخ قرارداد توسط مشروط‌له و باطل شدن شرطی که ضمن آن شده (ماده ۲۴۶ قانون مدنی) تعهدات اصلی

و فرعی ناشی از آن ساقط شود. در این حالت متعهدله نمی‌تواند قرارداد را حفظ کند و از تعهد و عوضی که به عهده دارد بکاهد؛ زیرا تعذر شرط موجب تقسیط ثمن نمی‌گردد (نائینی، بی‌تا، ص ۱۳۸ و کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۲۵). بنابراین، تعذر مطلق و موقت هیچ اثر مستقیمی بر تعهد ندارد، بلکه تنها به متعهدله حق می‌دهد، که قرارداد را فسخ کند و با انحلال آن، تعهد را از بین ببرد. بنابراین، تعذر به نحو فوق می‌تواند بطور غیرمستقیم تعهد را از بین ببرد که این اثر نیز قهری نیست، بلکه به واسطه اراده انشایی که توسط متعهدله با اعمال خیار انجام شده است، به وجود می‌آید. لازم به ذکر است، متعهدله در حالت تعذر مطلق و موقت، در صورتی حق فسخ دارد که در ایجاد تعذر دخالت نداشته باشد (سنه‌وری: ۱۹۵۸، ص ۹۸۶). اما هنگامی که متعهدله در ایجاد تعذر دخالت دارد، از این باب که خود، اقدام به ضرر خود نموده است اختیار فسخ معامله را ندارد. اثر مهم اجرای خیار تعذر، انحلال عقد لازم است. بدیهی است، انحلال قرارداد تنها ناظر به آینده است و آثار آن را از ابتدا بی‌اثر نمی‌سازد (طباطبایی، ۱۳۴۰، ص ۱۷۵).

۷- مبنای خیار تعذر

هنگامی که متعهدله با تعذر مطلق و موقت مواجه می‌شود، متقابلاً می‌تواند اجرای تعهد و تسلیم را منحصراً پس از امکان اجرای تعهد بخواهد. در حقوق ایران، حالتی که تعذر مطلق و دائم است، عقد منفسخ خواهد شد و دیگر بحث از خیار تعذر تعهد، یا تسلیم بی‌معنی است. البته در بعضی از نظام‌های حقوقی چنین نیست. برای مثال، در مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در صورت تعذر تسلیم، برای طرف دیگر حق فسخ در نظر گرفته شده است. بنابراین فسخ قرارداد به عنوان راه حل نهایی در اختیار مشتری ناراضی قرار داده شده است. این کنوانسیون، فسخ را جز در موارد محدود نمی‌پذیرد. در نتیجه در مقررات جدید تجارت بین‌الملل، کمتر از آثار قهری و خارج از اراده طرفین مقرره‌ای مشاهده می‌شود. بنظر می‌رسد این نگاه جدید منطبق با واقعیت‌های اقتصادی است و تا حد ممکن باید از انحلال قهری قرارداد خودداری نمود و به متعهدله اختیار تصمیم‌گیری داد تا در صورتی که نفعی بر بقای عقد ولو ناچیز می‌بیند، عقد را حفظ نماید.

در قانون مدنی، این خیار را در زمره، اختیارات نیامده است. حقوقدانان ایران، به این خیار تصریح کرده‌اند و در صورت موقت بودن تعذر، برای متعهدله خیار فسخ قایل شده‌اند (کاتوزیان، ص ۱۱۷ و صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۱). قانون مدنی در مورد تعهدات فرعی، یعنی تعهد ناشی از شرط ضمن عقد متعرض مسأله گردیده و حکم آنرا بیان داشته است (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲). از این رو،

در ماده ۲۳۹ قانون مدنی آمده: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه 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». آنچه ملاک حکم این ماده است، تحقق تعذر در دستیابی متعهدله به فعل مشروط است و فرض مذکور، در ماده ۲۳۹ قانون مدنی از این جهت که مشروط‌علیه نمی‌تواند به مورد شرط دست یابد، تحقق یافته است. از این رو، چنانکه گذشت، برخی حقوقدانان، ناتوانی مالی مشروط‌علیه را در وفای به شرط، خواه اعسار باشد، خواه تفلیس مشمول ماده فوق دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۱۹). از ماده فوق، معلوم می‌گردد که اگر تعذر مطلق و موقت، به تعهد فرعی، یعنی آنچه مشروط‌علیه به موجب شرط ضمن عقد بر عهده گرفته، طاری گردد مشروط‌له حق دارد قرارداد را فسخ کند. در این حالت، متعهدله نمی‌تواند قرارداد را حفظ کند و از تعهد و عوضی که به عهده دارد بکاهد؛ زیرا تعذر شرط موجب تقسیط ثمن نمی‌گردد (انصاری، ۱۳۴۰، ص ۲۸۷ و کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۲۵). بنابراین، به موجب قانون مدنی، مشروط‌له حق دارد هنگامی که به فعل مشروط‌علیه، یعنی آنچه نسبت به قرارداد تعهد فرعی محسوب می‌شود دست نمی‌یابد، قرارداد را فسخ کند. یعنی به قراردادی که تعهدات فرعی آن، تا مدتی دست نایافتنی است ملتزم نشود. بنابراین، به طریق اولی اگر متعهدله نتواند به تعهد اصلی، یعنی آنچه منظور مستقیم او است دست یابد، حق خواهد داشت قرارداد را فسخ کند و از تعهداتی که در قراردادهای معوض برای او پدید آمده رهایی یابد. البته باید توجه داشت که تعذر مطلق و دائم، موجب سقوط تعهدات و انفساخ قرارداد است. اما اگر تعذر مطلق و موقت باشد، چون اساساً احتمال اجرای تعهد همچنان وجود دارد، تنها برای دفع ضرر متعهدله مخیر به فسخ قرارداد است (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲).

گاهی اوقات، تعذر مطلق و موقت ناتوانی متعهد به دلیل تفلیس و ورشکستگی اوست. ناتوانی متعهد در این هنگام، حکمی و ناشی از توقف در تأدیه دیون در ورشکستگی است. هرچند ممکن است شخص ثالث حاضر به اجرای تعهد باشد. از این رو، امکان اجرای تعهد توسط دیگران وجود دارد، لکن از آنجا که متعهدله نمی‌تواند اجرای تعهد را از دیگران بخواهد، تعهد از نظر او بطور مطلق قابلیت اجرا ندارد. ماده ۳۸۰ قانون مدنی از مصادیق تعذر تسلیم، یا اجرای تعهد در نتیجه تفلیس است که می‌توان به ملاک آن نیز در تأیید خیار مزبور استناد کرد (صفایی، ۱۳۸۳، صص ۳۰۲-۲۹۹). در ماده مزبور آمده: «که در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد

بایع حق استرداد آنرا دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند».

مبنای خیار تفلیس، به واقع عدم انجام قرارداد بطور مطلق و موقت از سوی متعهد است. بر همین مبنا، این خیار صرفاً در ثمن کلی ظهور پیدا می‌کند، در حالی که اگر موضوع تعهد عین معین و موجود باشد، با توجه به امکان اجرای تعهد حتی توسط ثالث، سخن از تعذر معنا ندارد؛ زیرا ثالث می‌تواند با تسلیم عین، تعهد را اجرا نماید. همچنین در مواردی که اجرای تعهد، نسبت به جزئی از مورد تعهد و تسلیم به نحو فوق متعذر شود متعهدله می‌تواند در صورتی که مورد تعهد قابل تجزیه باشد، قرارداد را نسبت به قسمت متعذر شده منحل کند و نسبت به جز دیگر قرارداد باقی دارد. بدیهی است، در مواردی که مورد تعهد تجزیه‌ناپذیر است، متعهدله می‌تواند یا تمام قرارداد را به استناد خیار تعذر تسلیم فسخ کند، یا به تمامی آن ملتزم شود. به زعم ما، خیار تعذری که تنها بخشی از تعهد را فراگرفته است، نام دیگری نیز دارد که در اختیارات مصرحه قانون مدنی، به خیار تبعض صفقه، مشهور است. خیار تبعض صفقه برخلاف ضمانت اجرای انفساخ، منوط به این است که متعهدله در ایجاد تعذر نسبت به جز دیگر دخالت نداشته باشد (امامی، ۱۳۵۷، ص ۵۱۷ به بعد). علاوه بر مواد پراکنده‌ای که در قانون مدنی و قانون تجارت می‌توان به آن استناد جست، می‌توان انجام تعهد در مدت زمان معهود را مشمول ماده ۲۳۹ قانون مدنی دانست. با این توضیح که به هنگام قرارداد، نوعی از توافق وجود دارد که انجام آن را در زمان خاص به هم گره زده است. به عبارت صحیح‌تر، یک شرط ضمنی بین طرفین وجود دارد که این تعهد باید در زمان معهود، یا زمانی که مورد مطالبه متعهدله قرار می‌گیرد، اجرا گردد. برای مثال، اگر شخصی برای تدارک مراسمی در عصر پنج شنبه، با مراجعه به بازار برای خرید همزمان تلویزیون، غذا و میوه اقدام نماید، لیکن متعهد روز جمعه کالاهای موصوف را بدست مشتری برساند، بی‌گمان بین آثار تأخیر در اجرای تعهد در دو قرارداد فوق تفاوت وجود دارد؛ در خصوص تلویزیون، مشتری می‌تواند با اعمال خیار فسخ از پذیرش آن خودداری کند و لیکن نسبت به قرارداد بعدی، باید قایل به بطلان بود. به زعم ما حتی با قبول مشتری، امکان تصحیح قرارداد وجود ندارد، بلکه نیازمند تراضی جدیدی است. پس اگر اجرای تعهد اصلی، یعنی تسلیم در این زمان متعذر گردد متعهدله می‌تواند به استناد ماده ۲۳۹ قانون مدنی قرارداد را فسخ نماید و در واقع مثل این است که تسلیم مبیع در موعد معین، بطور ضمنی شرط شده است و تخلف از این شرط، به خریدار حق می‌دهد معامله را فسخ کند. بعضی معتقدند، در تعذر طاری هرگاه متعهدله، مانند متعهد فاقد قدرت قبض باشد،

عقد منحل نمی‌شود. بلکه، متعهده به استناد ماده ۲۴۰ قانون مدنی، حق دارد قرارداد را فسخ کند که نام این حق، اختیار تعذر تسلیم است، خواه مدت تعذر قبض نامحدود باشد یا محدود، در صورتی که این زمان برای متعهده قابل اغماض نباشد (لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۸۸۵ و صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲). بدیهی است تعذر طاری در این معنی، با تعذر اصلی که عدم قدرت متعهد و متعهده در قبض مورد تسلیم کافی برای ابطال عقد است (ماده ۳۴۸ ق.م) تفاوت دارد. برخلاف نظر بعضی از علمای حقوق،^۲ در مواردی هم که قدرت قبض بطور نامحدود از متعهد زایل می‌شود، نمی‌تواند موجب اختیار تعذر تسلیم باشد، مگر اینکه نامحدود بودن را با دایمی بودن یکی بدانیم. بعضی از فقها (شهید ثانی، بی تا، ص ۵۰۹) در ادامه مبحث مربوط به خیارات، برخلاف قانون مدنی سخن از اختیار تعذر تسلیم به میان آورده‌اند و با طرح اختیار تعذر تسلیم به این سؤال، که آیا چنانچه متعهده با تعذر مطلق و موقت تعهد اصلی ناشی از قرارداد و نه تعذر مطلق و موقت تعهد فرعی شرط، مواجه شود چگونه می‌تواند از قرارداد و تعهداتی که احياناً برای او پدید آمده رهایی یابد، پاسخ گفته و مثال‌هایی آورده‌اند. مثال‌های مطروحه ناظر به موارد تعذر دایم نیست و سخن از تعذری است که امکان اجرای آن هرچند ضعیف، وجود دارد. بنابراین، همین که احتمال بازگشت امکان اجرای تعهد وجود داشته باشد، کافی است که تعذر موقت تلقی شود. برای مثال، به هنگامی که پرنده‌ای به فروش می‌رسد، لکن قبل از تسلیم پرواز می‌کند، عقلاً اجرای تعهد برای همیشه ناممکن نمی‌گردد (نائینی، بی تا، ص ۱۸۸). در این گونه موارد، هرچند ممکن است عرف به بازگشت قدرت بر تسلیم چندان اعتنا نکند، لکن بهترین راه این است که برای تعذر ایجاد شده، اثر قهری بر قرارداد یعنی انفساخ قایل نشویم بلکه این امکان را به مشتری بدهیم که اگر نمی‌خواهد بر معامله باقی بماند و تا پیدا شدن مبیع یا تسلط بر آن صبر نماید، معامله را فسخ کند. لیکن اگر نفعی هرچند ناچیز، در بقای بر معامله یا التزام به آن می‌بیند قرارداد را نگاه دارد. این نظر در حال حاضر در حال تقویت شدن است و همانطور که پیشتر مطرح شد، در مقررات جدید پذیرفته شده است. در شرح لمعه، راجع به این اختیار آمده: «چنانچه مشتری چیزی را با ظن به امکان تسلیم آن خریداری کند مانند این که مبیع پرنده‌ای باشد که عادت به بازگشت داشته باشد و پس از آن فروشنده از تسلیم ناتوان گردد، مشتری اختیار فسخ خواهد داشت، زیرا ضمان

عقد منحل نمی‌شود. بلکه، متعهده به استناد ماده ۲۴۰ قانون مدنی، حق دارد قرارداد را فسخ کند که نام این حق، اختیار تعذر تسلیم است، خواه مدت تعذر قبض نامحدود باشد یا محدود، در صورتی که این زمان برای متعهده قابل اغماض نباشد (لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۸۸۵ و صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲). بدیهی است تعذر طاری در این معنی، با تعذر اصلی که عدم قدرت متعهد و متعهده در قبض مورد تسلیم کافی برای ابطال عقد است (ماده ۳۴۸ ق.م) تفاوت دارد. برخلاف نظر بعضی از علمای حقوق،^۲ در مواردی هم که قدرت قبض بطور نامحدود از متعهد زایل می‌شود، نمی‌تواند موجب اختیار تعذر تسلیم باشد، مگر اینکه نامحدود بودن را با دایمی بودن یکی بدانیم. بعضی از فقها (شهید ثانی، بی تا، ص ۵۰۹) در ادامه مبحث مربوط به خیارات، برخلاف قانون مدنی سخن از اختیار تعذر تسلیم به میان آورده‌اند و با طرح اختیار تعذر تسلیم به این سؤال، که آیا چنانچه متعهده با تعذر مطلق و موقت تعهد اصلی ناشی از قرارداد و نه تعذر مطلق و موقت تعهد فرعی شرط، مواجه شود چگونه می‌تواند از قرارداد و تعهداتی که احياناً برای او پدید آمده رهایی یابد، پاسخ گفته و مثال‌هایی آورده‌اند. مثال‌های مطروحه ناظر به موارد تعذر دایم نیست و سخن از تعذری است که امکان اجرای آن هرچند ضعیف، وجود دارد. بنابراین، همین که احتمال بازگشت امکان اجرای تعهد وجود داشته باشد، کافی است که تعذر موقت تلقی شود. برای مثال، به هنگامی که پرنده‌ای به فروش می‌رسد، لکن قبل از تسلیم پرواز می‌کند، عقلاً اجرای تعهد برای همیشه ناممکن نمی‌گردد (نائینی، بی تا، ص ۱۸۸). در این گونه موارد، هرچند ممکن است عرف به بازگشت قدرت بر تسلیم چندان اعتنا نکند، لکن بهترین راه این است که برای تعذر ایجاد شده، اثر قهری بر قرارداد یعنی انفساخ قایل نشویم بلکه این امکان را به مشتری بدهیم که اگر نمی‌خواهد بر معامله باقی بماند و تا پیدا شدن مبیع یا تسلط بر آن صبر نماید، معامله را فسخ کند. لیکن اگر نفعی هرچند ناچیز، در بقای بر معامله یا التزام به آن می‌بیند قرارداد را نگاه دارد. این نظر در حال حاضر در حال تقویت شدن است و همانطور که پیشتر مطرح شد، در مقررات جدید پذیرفته شده است. در شرح لمعه، راجع به این اختیار آمده: «چنانچه مشتری چیزی را با ظن به امکان تسلیم آن خریداری کند مانند این که مبیع پرنده‌ای باشد که عادت به بازگشت داشته باشد و پس از آن فروشنده از تسلیم ناتوان گردد، مشتری اختیار فسخ خواهد داشت، زیرا ضمان

۲. لنگرودی در بیان اختیار تعذر تسلیم و مبنای آن می‌نویسد: «که (در تعذر طاری) هرگاه متعهده مانند متعهد فاقد قدرت قبض باشد عقد منحل نمی‌شود. متعهده به دستور ماده ۲۴۰ ق.م اختیار فسخ دارد که نام آن اختیار تعذر تسلیم است. خواه مدت تعذر قبض نامحدود باشد یا محدود به صورتی که برای متعهده قابل اغماض نباشد».

۸- عدم فوریت اختیار تعذر

از آنجا که اصولاً جعل اختیار، برای حمایت از متعهده و جلوگیری از ورود ضرر، یا جبران زیان وارده است، بنابراین اختیار نمی‌تواند خود به عنوان وسیله‌ای برای ایجاد ضرر نسبت به دیگری استفاده گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۷۲) «از تصریح قانونگذار به فوری بودن گروهی از اختیارهای مهم چنین بر می‌آید که درباره اعمال سایر اختیارها، تأخیر به اصل حق صدمه نمی‌زند. به ویژه که سقوط اختیار بعد از علم به آن، دفع ضرر را دشوار می‌سازد. علاوه بر این اگر در بقاء و زوال حق فسخ اعم از اینکه بنا بر مبنای تراضی یا دفع ضرر ایجاد شده باشد، تردید شود، باید آنرا به مقتضای استصحاب باقی دانست» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۷۷). با وجود این، اگر مدت زمان اعمال اختیار را بسیار گسترده فرض کنیم، با حقوق طرف مقابل نیز در تعارض است. ملاک برای اعمال اختیار، مدت زمان عرفی است. لذا به نظر می‌رسد، در مواردی که مدت زمان اعمال اختیار، به قدری طولانی می‌گردد که از نظر عرف، رضای به عقد از آن برداشت می‌شود، در واقع باید قایل به سقوط اختیار بود. در چنین مواقعی، می‌توان گفت ذوالخیر عملاً از حق خویش صرف نظر کرده است. (کاتوزیان، همان)

در مقررات کنوانسیون بیع بین المللی کالا، در صورت ایجاد حق فسخ، می‌بایست بدو به موقع اعلام شود و در صورتی که مشتری ظرف مدت معقولی اعلام فسخ نماید، حق خود را در اعلام فسخ قرارداد از دست می‌دهد. برای مثال، به موجب قسمت ب بند ۱ ماده ۴۹ و با عدم تسلیم کالا ظرف مدت اضافی، مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده، مشتری می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. نام این حق فسخ را می‌تواند اختیار تعذر تسلیم نامید. هرچند که در کنوانسیون مزبور، در صورت تعذر مطلق و دایم، انحلال قرارداد پیش بینی نشده است و تنها راه حل نهایی در اختیار مشتری حق فسخ است. (hannold,1991,pp.380-389)

۹- اسقاط اختیار تعذر

در این که آیا اختیار تعذر تسلیم، یا تعذر اجرای تعهد قابل اسقاط است یا نه، اختلاف نظر وجود دارد. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴) در ماده

۴۴۸ قانون مدنی آمده: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود». در ماده ۳۹۶ قانون مدنی نیز از اختیار تعذر تعهد یا تسلیم سخن به میان نیامده و ممکن است این ادعا مطرح شود که اختیار تعذر شامل ماده ۴۴۸ قانون مدنی نمی‌شود. در پاسخ گفته شده است: سقوط تمام اختیارها در ماده ۳۹۶ افاده عموم می‌کند. لذا شامل هر حقی است که در اصطلاح می‌توان نام اختیار بر آن اطلاق کرد. «همچنین امکان اسقاط اختیار، مانند جعل آن از امور استثنایی نیست تا نیاز به حکم قانونگذار باشد. این امکان لازمه طبیعت آنست و برای جلوگیری از اختیار صاحب حق و عدم نفوذ قرارداد خصوصی در آن باید دلیل آورد» (کاتوزیان، همان، صص ۳۹۸-۳۹۷). در واقع، برای توجیه عدم سقوط اختیار تعذر، باید به نظم عمومی استناد کرد (کاتوزیان، همان، صص ۳۹۸-۳۹۷). به عبارت دیگر، نظم عمومی اجازه اسقاط اختیار تعذر را نمی‌دهد؛ زیرا در صورتی که این اختیار به هنگام عقد اسقاط شود و از سویی امکان اجرای عقد نیز ناممکن گردد، یک طرف بی‌آنکه چیزی بدهد، عوضی دریافت می‌کند و این امر، با نظم عمومی حاکم بر معاملات، در تعارض و موجب بی‌عدالتی است.

برخی از علمای حقوق، با تردید بیان داشته‌اند که شرط اسقاط اختیار تعذر تسلیم، یا تعذر اجرای تعهد اصلی با مقتضای عقد منافات دارد، در نتیجه عقد صحیح نیست؛ زیرا تسلیم در عقود تملیکی با اجرای تعهد اصلی در عقود عهدی معاوضی، مقتضای معاوضه و ماهیت این گونه عقود است و شرط اسقاط اختیار، بدین معنی است که متعهد بتواند، خواستار اجرای تعهد باشد، بی‌آنکه خود متقابلاً تعهد خود را اجرا نماید و این با مقتضای عقد معاوضی که التزام به اجرای متقابل تعهدات است، منافات دارد. از این رو، هم شرط و هم عقد باطل است (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴). اما این استدلال با این اشکال روبرو است که تعذر تعهد اصلی، یا تسلیم که ممکن است پس از عقد واقع شود، چطور می‌تواند، اساس عقد را از ابتدا برهم زند و چون اسقاط اختیار منوط به عارض شدن ناتوانی در آینده است، عقدی که با شرط اسقاط اختیار تعذر تسلیم همراه می‌شود، مقتضای خود را از دست نمی‌دهد و نفوذ آن ترجیح دارد (کاتوزیان، همان، ص ۳۹۹). هر چند، عدالت معاوضی ایجاب می‌کند همانطور که ممکن است به هنگام انعقاد عقد شرط بدون عوض ماندن قرارداد با مقتضای عقد منافات داشته باشد، در تعذر طاری که پس از عقد حادث می‌شود نیز شرطی که در نهایت این نتیجه را در برداشته باشد عقد را ممکن است با اشکال اساسی روبرو سازد. اضافه بر این، در فقه و حقوق ما قصد حقیقی طرفین و رضای باطنی متعاقدين، ملاک صحت یا فساد قرارداد است، لذا در مواردی که اراده باطنی آن است که عوضی دریافت شود، بی‌آنکه معاوضی

پرداخت شود، در صحت چنین عقدی باید تردید کرد. همبستگی تعهدات نیز می‌تواند مؤید این موضوع باشد. بدین معنی که با وقوع تعذر و عدم امکان اجرای تعهد از سوی یک طرف قرارداد، هر چند اجرای تعهد به لحاظ عملی برای طرف دیگر وجود دارد و در واقع متعذر نگردیده است و اصل در پیمان‌هایی که منعقد می‌شود، انجام آن است و از آنجا که امکان اجرا برای طرف دیگر وجود دارد، باید به عهد و پیمان خود وفا کند. با وجود این، پیوستگی دو تعهد در عقود معوض، به گونه‌ای به هم گره خورده است که عدم انجام تعهد از یک طرف قرارداد، منجر به معافیت انجام تعهد طرف دیگر آن می‌شود. از این رو، در فرضی که تعذر به هنگام عقد ایجاد می‌شود، اساساً تعهد مقابل نیز بوجود نمی‌آید و عقد انعقاد نمی‌یابد و در فرضی که تعذر بر یکی از دو تعهد اصلی پس از تشکیل عقد، طاری می‌گردد، با سقوط آن تعهد، تعهد مقابل نیز از بین می‌رود. جهت تعهد نیز می‌تواند برای توجیه این همبستگی نیز کارآمد باشد «در حقوق ایران جهت تعهد به عنوان یکی از شرایط اساسی قرارداد ذکر نشده است... لکن برای توجیه این همبستگی می‌توان به نظریه اراده، یا قصد و رضا نیز که در حقوق به صراحت پذیرفته شده، متوسل شد: اگر تعهد یکی از متعاملین به علت بطلان تعهد طرف دیگر کان لم یکن شناخته می‌شود، برای اینست که متعاملین چنین خواسته‌اند و اراده مشترک متعاملین بر همبستگی تعهدات بوده است» (صفایی، ۱۳۵۰، ص ۶۵). به عبارت دیگر، «مبنای واقعی پیوند میان دو عوض، تراضی است که تعهد به آن دو را با هم و به عنوان یک کل تجزیه‌ناپذیر آفریده است. در این گونه قراردادها، طرفین مبادله دو مال را انشاء کرده‌اند و هیچگاه نخواسته از دو دین مستقل بوجود آید. پس طبیعی است که بطلان یکی از آن دو، باعث انحلال دیگری شود و نتواند به زندگی حقوقی خود ادامه دهد... وانگهی اگر پذیرفته شود که عقد نیز دارای موضوعی مستقل از تعهدات در عقود معوض موضوع، مبادله دو مال است. پس فقدان یکی از دو عوض باعث می‌شود که عقد بدون موضوع بماند و باطل شود و نیازی به نظریه سبب نباشد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، صص ۲۴۶-۲۴۹)

بعضی برای عدم امکان درج سقوط اختیار تعذر تسلیم در عقد به نظم عمومی تمسک جسته‌اند. به عبارت دیگر، جمع شدن عوض و معوض نزد یکی از دو طرف قرارداد با نظم عمومی (اقتصادی) برخورد می‌کند، لذا چنین شرطی باطل است و نمی‌تواند منشا اثر باشد (کاتوزیان، همان، ص ۳۹۸). در واقع، اسقاط اختیار تعذر تسلیم، به معنی اجرای تعهد تنها یک طرف قرارداد است و چنین تراضی به ویژه در عقود معوض فاسد است و حتی ممکن است گفته شود، آن را از حالت عقد که نیاز به دو اراده است، خارج می‌کند؛

اختلال در نظم عمومی است و همین مبنا نیز در خیار تعذر تسلیم وجود دارد. برخی از نویسندگان، برای معافیت متعهدله از اجرای تعهد متعذر شده بیان داشته‌اند: «در هر معامله‌ای که برای طرفین ایجاد تعهد می‌شود، سبب تعهد یک‌طرف تعهد طرف دیگر است. بنابراین سبب التزام مشتری به تأدیه ثمن، همان التزام بائع است به تسلیم مبیع، بعبارۀ دیگر، بین هریک از تعهداتی که در نتیجه علت و عقد بیع برای بائع و مشتری حاصل می‌شود همان رابطه موجود است که بین علت و معلول موجود می‌باشد، پس اگر بنحوی از انحاء یکی از طرفین نتواند بدون تقصیر از ناحیه طرف دیگر و بدون تقصیر از ناحیه خود تعهدش را به موقع اجرا بگذارد، طرف دیگر هم به واسطه اینکه سبب تعهد او از بین رفته است باید از انجام تعهد خود معاف باشد» (عدل، ۱۳۴۲، ص ۴۵۱). در حقوق خارجی، یکی از دلایلی که برای توجیه نظریه فراستریشن مورد توجه نویسندگان قرار گرفته است، نظریه رعایت عدالت و انصاف، در انعقاد قراردادها است. مطابق این نظر، به هنگامی که قرارداد به سبب فراستریشن متعذر شده، ملزم دانستن متعهد به اجرای قرارداد، غیرمنصفانه و ناعادلانه است؛ زیرا فراستریشن نه به عنوان یک شرط ضمنی منسوب به طرفین، بلکه به عنوان یک راه حلی عادلانه و منطقی اعمال می‌گردد (Cheshire&ffoot,1976,p.547). بر همین اساس، هنگامی که قراردادی عقیم می‌گردد، دادگاه اختیار دارد، برای دستیابی به راه حل عادلانه و منطقی تصمیم بگیرد (Cheshire&ffoot,1976,p.819). به نظر می‌رسد، از این نظریه بتوان به عنوان ملاک و مبنای مهمی برای اجرای قاعده تعذر استفاده نمود و زمانی که اجرای قرارداد، به سبب وقوع حادثه خارجی - اساساً متفاوت با آنچه که در قرارداد پیش‌بینی شده - باشد، ناعادلانه فرض شود و استناد به نظریه مذکور برای اجرای قاعده مفید است.

۱۰- نتیجه‌گیری

در تعذر مطلق، هیچ‌کس قادر به اجرای تعهد نیست، اجرای آن، ممکن است برای همیشه، یا بطور موقت ناممکن گردد. در صورتی که اجرای تعهد، برای مدتی محدود ناممکن شود، در این مدت، نظر به قاعده عقلی که «هیچ‌کس مأخوذ به محال نیست» متعهد از اجرای تعهد معاف است و پس از رفع تعذر مکلف به اجرای آن است. متعهدله نیز اجباری به صبر تا رفع تعذر ندارد، بلکه می‌تواند برای فسخ معامله تقاضا کند. قانون مدنی، در خصوص به خیار تعذر سخنی به میان نیامده است و آن را در زمرهٔ اختیارات نیآورده است. حقوقدانان ایران، به این خیار تصریح نموده‌اند و در صورت موقت بودن تعذر طاری، برای متعهدله، خیار فسخ قایل شده‌اند. برخی شرط اسقاط خیار تعذر را بدلیل مخالفت با مقتضای عقد،

زیرا در عقود معوض، رعایت نسبی عوض و معوض ضروری است و با درج چنین شرطی، عملاً این تناسب به هم می‌خورد و گویی تنها یک اراده برای تشکیل عقد نقش داشته است. به دیگر سخن، به هنگامی که طرف قوی قرارداد، تمام اختیار عقد را در اختیار می‌گیرد سخن از تشکیل عقد که نیاز به دو اراده دارد، بسیار دشوار است. ضمن آنکه چنین توافقی بر خلاف عدالت است و نظم عمومی ایجاب می‌کند که عدالت در قراردادهایی که اشخاص منعقد می‌کنند، رعایت گردد و این امر، زمانی محقق می‌شود که یک طرف قرارداد، نتواند با توجه به شرایط خاص حاکم بر قرارداد و برتری خود، همه چیز قرارداد را در دست گیرد و از اضطراب و درمانگی طرف دیگر سود جوید. اشتباه نشود که ما قایل به بطلان معاملات اضطرابی هستیم، در حالی که بسیاری از معاملاتی که در جامعه منعقد می‌شود، معاملات اضطرابی است و اشخاص به ناچار برای دستیابی به هدفی والاتر، به شرایطی ملتزم می‌شوند که راضی به آن نیستند و اگر قرار باشد چنین معاملاتی باطل تلقی شود، اساساً ثبات و استحکام معاملات به هم می‌خورد. بلکه منظور ما عدم تعلق عوض و معوض، نزد یک‌طرف قرارداد با اتکا به برتری اوست. رعایت عدالت ایجاب می‌کند آن کس عوضی نداده، نتواند معوض را دریافت کند و در صورت تشکیل چنین عقدی، در صورتی که قایل به بطلان قرارداد نباشیم، دست کم شرط مذکور که موجب بی‌عدالتی شده است را بی‌اعتبار بدانیم «برای مثال، خریداری که با ناتوانی فروشنده در تسلیم مبیع روبرو می‌شود، اگر نتواند خود را از قید التزام برهاند، ناچار باید بهای قراردادی را بدهد و در برابر هیچ نستاند. در نتیجه، هم ثمن و هم مبیع در کیسه فروشنده باقی می‌ماند؛ نتیجه‌ای که نه اخلاق می‌پسندد و نه با نظم عمومی اقتصادی همگام است (کاتوزیان، همان، ص ۳۹۸ به بعد و صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴). از این روست که در فقه و قانون مدنی، موقعی می‌توان از این خیار، استفاده کرد که راه اجبار مشتری به پرداخت ثمن، بر بائع، مسدود باشد. بنابراین نمی‌توان تنها راه اعمال حق بائع را، از طریق شرط اسقاط خیار تعذر تسلیم، بست (لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۴۹۳) و بدین وسیله ظلمی چنین فاحش بر او روا داشت. بنظر می‌رسد، ملاک و مبنای قاعده سوءاستفاده از حق، توجیه مناسبی برای بی‌اعتباری این شرط باشد. از این رو، هرگاه یک‌طرف قرارداد، بی‌آنکه خود به تعهد خود عمل نماید، نمی‌تواند خواستار اجرای تعهد طرف مقابل گردد و یا شرایطی را فراهم آورد که همین نتیجه را در پی داشته باشد، هرچند که در واقع، امکان استفاده از این حق برای او جایز باشد. بر همین مبنا نیز می‌توان به بی‌اعتباری خیار سقوط تدلیس نیز حکم کرد؛ زیرا علاوه بر جنبه کیفری که مرتبط با نظم عمومی است، اجازه سوءاستفاده از حق برای دارنده آن، نوعی

لزوم همبستگی تعهدات، منع سوءاستفاده از حق، منع جمع عوضین نزد یک طرف و در نهایت بدلیل مخالفت با نظم عمومی صحیح نمی‌دانند. اثر مهم اجرای خیار تعذر، انحلال عقد لازم است. انحلال قرارداد، تنها ناظر به آینده است و آثار آن را از ابتدا بی‌اثر نمی‌سازد.

منابع

الف) منابع فارسی

- اخلاقی، بهروز، (۱۳۷۹)، جزوه حقوق تجارت، کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- امامی، سیدحسین، (۱۳۵۷)، حقوق مدنی، جلد‌های ۱ و ۲، انتشارات اسلامی.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، (۱۳۷۵)، یک جلدی، مؤسسه نشر اسلامی.
- بنایی اسکویی، مجید، (۱۳۸۹)، «مطالعه تطبیقی بطلان اجاره»، فصلنامه حقوق - پژوهش حقوق و سیاست، دانشگاه علامه.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در مینولوژی حقوق، ج ۲، انتشارات گنج دانش.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۸)، سقوط تعهدات، انتشارات مجد.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، نشر میزان.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۵۰)، «نظریه جهت قراردادها، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۸.
- عدل، مصطفی، (۱۳۴۲)، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، چاپ چهارم تهران.

- کاتوزیان، ناصر، «۱۳۷۶»، قواعد عمومی قراردادها، ۵ مجلد، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۱، چاپ چهارم، زمستان شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۳)، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران، انتشارات سپهر و ۲۵۳۷، نشر مشعل آزادی.
- مراغه‌ای، میر فتح، عناوین، چاپ سنگی، بی تا و با همین عنوان، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم.
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۴)، قواعد فقه، بخش مدنی، جلد دوم، انتشارات سمت.

ب) منابع عربی

- الافریقوی المصری، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم ابن منظور، (۱۴۱۴)، لسان العرب، ۱۵ جلد، چاپ سوم، دار صادر، بیروت لبنان.
- اینس، ابراهیم، (۱۳۷۶)، المعجم الوسیط، الجزء اول و الثاني، چاپ هفتم، دفتر

نشر فرهنگ اسلامی.

- بجنوردی، سیدمیرزا حسن، (۱۳۷۲)، قواعد الفقهیة، جلد ۵، طهران، منشورات الصدر، الطبعة الثانية، و همچنین چاپ دوم، انتشارات میعاد و همان عنوان، ۱۳۲۴، انتشارات دلیل ما، قم.
- حکیم، سید محسن، (۱۳۷۱ هجری)، نخب الفقاهة، شرح بر مکاسب، چاپ سرب.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۵۸)، الوسیط فی شرح القانون المدني، جلد ۳، قاهرة، مكتبة النهضة المصرية.
- شهید ثانی، روضة البهیة فی المعة الدمشقیة، جلد سوم، دارالهادی للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، (۱۳۴۰ هجری)، ستوال و جواب، نجف، و ستوال و جواب: استفتائات و آراء فقیه کبیر.
- طریحی، شیخ فخر الدین، (۱۴۱۶)، مجمع البحرین، ج ۶، انتشارات مکتب مرتضوی، تهران.
- غروی نائینی، حاج شیخ محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، جلد ۱، تهران، چاپخانه حیدری.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰)، العین، ۸ جلد، چاپ دوم، چاپ منشورات الهجرة، قم.
- قریشی، علی اکبر، (۱۳۶۱)، قاموس قرآن، ج ۳-۴، چاپ سوم، دارالکتب الاسلامیة.
- تمیاز، رضا، (۱۴۱۰)، فرهنگ ابجدی عربی- فارسی، انتشارات اسلامی، تهران.
- نجفی، شیخ محمدحسن، (۱۳۹۴ هجری)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد‌های ۲۲ و ۲۵ و ۲۷، چاپ ششم، دارالکتب الاسلامیة و همان عنوان، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶ هجری شمسی.
- نراقی، عواید الایام، بی تا، چاپ سنگی.

ج) منابع انگلیسی

- Anson (Sir William R), (1989), *Principles of the English Law of Contract*, Oxford University Press, 21th ed.
- Cheshire & Fifoot's, (1976), *Law of contract*, Butterworth. 9th ed, London.
- Walker (David M.), (1980), *The Oxford Companion to law*, Clarendon Press, Oxford.
- Robb (G.G.), (1965), *An Outline of the Law of Contract*, The Estates Gazette Limited. 3th Ed, London.
- Honnold (John), (1991), *Uniform Law for International Sales*, Second Edition, Philadelphia.
- Schlechtrim (Peter), (1991), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Second Edition (translated by Geoffrey Thomas).