

تأثیر انتفای مبنای خیار در حق فسخ مطالعه‌ای تطبیقی در اسناد

مهم بین‌المللی و نظام فقهی و حقوقی ایران^۱

رحیم وکیل‌زاده *

رضا رنجبر **

مجید عباسی ***

چکیده:

اصل لزوم و استحکام قراردادهای و تلاش برای جلوگیری از انحلال بی‌مورد آن، امروزه به عنوان یکی از اصول مبنایی در تدوین قواعد و مقررات، به شمار می‌رود. به طوری که می‌توان گفت، مسأله مذکور یکی از بزرگترین دغدغه‌های مدونین اسناد بین‌المللی می‌باشد. اما انگیزه نگارش مقاله حاضر، یافتن پاسخ این سؤال است که اگر متخلف از انجام تعهد یا طرف ناقض قرارداد، قبل از فسخ قرارداد از جانب ذوالخیار (صاحب حق فسخ)، آنچه را که موجب ایجاد خیار شده مرتفع سازد، آیا در چنین حالتی، حق فسخ از بین می‌رود یا نه؟ برای یافتن پاسخ، ابتدا به بررسی دیدگاه‌های فقهای امامیه و قانونگذار ایران پرداخته و سپس مطالعه‌ای تطبیقی در سه سند مهم بین‌المللی یعنی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، خواهیم داشت تا در نهایت به نتیجه‌ای مطلوب برسیم.

کلید واژه‌ها: حق جبران، فسخ، خیار، ضرر.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۹/۱۹ تاریخ پذیرش: ۹۱/۵/۷
* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز

** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز

*** دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر

Majid.a@qaemshahr.iau.ac.ir

۱- مقدمه

فسخ قرارداد ملازمه با انحلال و پایان قرارداد دارد. قراردادی که شاید طرفین آن، روزها، هفته‌ها یا ماه‌ها یا حتی سال‌ها در پی تشکیل و ایجاد آن بودند. این عمل حقوقی موجب سقوط ماهیت اعتباری ساختمان عقد و بنیان‌های تراضی می‌گردد. فسخ قرارداد هر چند لباس ضمانت اجرای نقض قرارداد و جلوگیری از ورود ضرر را بر تن دارد ولی گاهی می‌تواند آثار نامطلوبی برای طرفین، (هم من علیه الخيار و هم من له الخيار) به ارمغان آورد و از فلسفه وجودی خود فاصله گرفته و ابزاری برای سوءاستفاده از حق گردد. مثلاً جایبکه متخلف از اجرای تعهد، قبل از اعمال فسخ از ناحیه صاحب حق، موجبات ایجاد خيار را مرتفع سازد به طوریکه با این وصف، مطلوب طرف مقابل از انعقاد قرارداد، حاصل گردد، در این صورت آیا باز هم می‌توان گفت که اعمال حق فسخ برای دفع ضرر است.

توجه به همین ملاحظات است که حقوق مدرن، در راستای اصول بنیادی مانند اصل استحکام و لزوم قرارداد و اصل حسن نیت و معامله منصفانه، با پیش‌بینی حق جبران^۱ در صدد آن است تا حد ممکن، قرارداد با اراده یک طرف مخدوش نگردد. در یک جمله کوتاه می‌توان گفت که حق جبران بدین معناست که متخلف از انجام تعهد، بتواند با حصول شرایط معینی به اصلاح و ترمیم اجرای خود بپردازد. این نوشتار سعی دارد تا ابتدا با توجه به مبانی فقهی و حقوقی ایران و بضاعت نگارنده، ابعاد موضوع را، در نظام حقوقی و فقهی ایران مورد مطالعه قرار داده، سپس به بررسی آن در اسناد مورد مطالعه بپردازد.

۲- حقوق ایران

طرح موضوع در حقوق ایران را با این سؤال آغاز می‌کنیم که آیا حق خيار با انتفای مبنای آن، ساقط می‌گردد یا نه؟ مثلاً اگر غابن، تفاوت قیمت واقعی و قیمت قراردادی را به مغبون مسترد نماید، خيار غبن ساقط می‌شود؟

مثال دیگر اینکه اگر بایع پس از آنکه کالایی معیوب تحویل مشتری نموده، مجدداً کالایی منطبق با اوصاف قرارداد به او تحویل نماید، آیا خيار عیب ساقط می‌شود؟
مثال سوم آنکه اگر خریدار بعد از سه روز، ثمن را به بایع تأدیه نماید، آیا خيار تأخیر ثمن ساقط می‌شود؟

1- Right to cure

قبل از ورود به این بحث باید خاطر نشان کرد که، قانون مدنی از یک طرف با انشاء ماده ۲۱۹^۱ که ترجمان آیه شریفه «اوفوا بالعقود^۲» است، اصل لزوم و استحکام قراردادها را در نظام حقوقی ما به رسمیت شناخته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۳ تا ۲۵۷؛ شهیدی، ۱۳۸۳، ۲۵۴ تا ۲۷۴) و از طرف دیگر به موجب همان ماده هر یک از طرفین در موارد قانونی می‌توانند قرارداد را فسخ کند، و موارد فسخ هم، عموماً در مبحث خیار (مواد ۳۹۶ تا ۴۵۷) بیان شده است. بنابراین خواستگاه اصلی این مقال در حقوق ایران، مبحث خیار است.

برای یافتن پاسخ سؤالات مذکور، قبل از هر چیز، باید فلسفه و مبنای تأسیس خیار را به طور کلی یا در هر مورد بیابیم. چراکه که پاسخ مسأله در ارتباط مستقیم با پاسخ این سؤال است. به عنوان مثال، اگر مبنای خیار غبن را قاعده لاضرر بدانیم، یعنی جبران ضرر مغبون مبنای خیار غبن باشد و غبن ضرر مغبون را به حدکمال جبران کند پس لاجرم نباید به مغبون اجازه داد که قرارداد را بر هم بزند. اما آنچه موجب صعوبت در تحلیل این مسأله می‌شود دو چیز است، نخست اینکه در مبحث خیار، هیچ گونه صراحت قانونی مبنی بر اینکه مبنای خیار به طور کلی یا در هر مورد چیست و اینکه آیا با انتفای مبنای خیار نیز ساقط می‌شود یا نه، یافت نمی‌شود. علاوه بر این سکوت، عامل دیگری که یافتن پاسخ مسأله را دشوار می‌نماید اتخاذ رویکردهای متفاوت از جانب قانونگذار است. زیرا از یک طرف، قانون مدنی در ماده ۴۲۱ بیان می‌دارد: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد، خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به أخذ تفاوت قیمت راضی گردد». بنابراین با توجه به مفاد این ماده، پس از حدوث غبن، غبن نمی‌تواند با دادن تفاوت قیمت، از اعمال حق فسخ مغبون جلوگیری نماید، (امامی، ۱۳۸۲، ۱، ۴۸۳) به عبارت دیگر حق فسخ مغبون متأثر از جبران غبن نمی‌گردد.

از طرف دیگر در ماده ۴۷۸ در وضعیتی مشابه، حکمی متفاوت دارد. در این ماده می‌خوانیم: «هر گاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده مستأجر می‌تواند اجاره فسخ کن دیا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند، ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد». قسمت اخیر ماده بیان شده، در بند ۲ ماده ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ مورد تأکید قرار گرفته بود. به موجب این ماده «در موارد زیر مستأجر می‌تواند صدور حکم به فسخ

۱- ماده ۲۱۹ قانون مدنی: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود.

۲- سوره مائده، آیه ۱

اجاره را از دادگاه درخواست نماید: ... ۲- اگر در اثنای مدت اجاره عیبی در عین مستأجره حادث شود که آن را از قابلیت انتفاع خارج نموده و رفع عیب مقدور نباشد».

حال که اهمیت مسأله در نظام حقوقی ما روشن شد و نیز معلوم گردید که قانون مدنی حکم روشنی برای آن ندارد، لاجرم باید به عقاید فقها مراجعه کنیم چرا که حقوق مدنی، چکیده اندیشه این بزرگواران است. از آنجایی که در فقه امامیه یک تئوری کلی راجع به این مسأله که مبنا و فلسفه وجودی خیارات چیست یا اینکه آیا با جبران نقض تعهد و مرتفع کردن مبنای خیار حق فسخ ساقط می‌شود یا نه، وجود ندارد بلکه اصولاً فقها مصادیق را به صورت جداگانه مورد مذاقه قرار داده و حکم هر مسأله را به صورت موردی و جزئی بیان می‌کردند، بناچار ما هم به صورت موردی تحلیلیمان را در فقه و حقوق موضوعه ادامه داده تا از ارزیابی آنها به یک نتیجه کلی برسیم. در این رابطه نیز ابتدا صرفاً به بیان و تشریح دیدگاه‌های موجود پرداخته و در نهایت نظر خود را بیان می‌داریم.

تحلیل مذکور به چند دلیل، منحصر به سه خیار از خیارات موجود در فقه و قانون مدنی شده است. اول آنکه، بررسی همه خیارات آن هم به صورت تطبیقی و تفصیلی در متون فقهی و حقوقی، سبب گستردگی و حجم وسیعی از مباحث و مطالب می‌شود که این امر درخور مقالات پژوهشی نیست. لذا برای جلوگیری از اطناب و تطویل، موضوع نوشتار به صورت مصادیقی منحصر به خیارات تأخیر ثمن، غبن و عیب شده است. دوم آنکه از یک طرف امکان حدوث خیارات مذکور نسبت به موضوع نوشتار در مقایسه با سایر خیارات بیشتر بوده و از طرف دیگر موضوع سقوط یا بقای آنها با انتفای مبناء، بیشتر مورد عنایت فقها و حقوقدانان قرار گرفته است، لذا بررسی آنها هم به لحاظ عملی و هم به لحاظ تئوری مفید فایده بیشتری خواهد بود. سوم آنکه امکان طرح و حدوث موضوع تحقیق با کیفیت مورد مطالعه در بعضی از خیارات وجود ندارد. مثلاً در خیار شرط و خیار حیوان، که من له الخیار در مهلت معین حق فسخ دارد، بحث از لاضرر و انتفای مبناء خیار کمرنگ است و در تدلیس که من علیه الخیار، تاوان تقلب و نیرنگ خود را باید بکشد و جبران تدلیس از سوی او تأثیری نخواهد داشت و نیز خیار تخلف از شرط فعل که در مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ مقررات ویژه‌ای دارد.

با ملاحظات مذکور تحقیق حاضر، مصادقاً منحصر به خیارات تأخیر ثمن، غبن و عیب شده که به ترتیب مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۳- خیار تأخیر ثمن^۱

در مورد خیار تأخیر ثمن، این سؤال مطرح می‌شود که اگر فروشنده پس از گذشتن سه روز از انعقاد بیع، به عللی عقد را فسخ نکند و در این هنگام خریدار ثمن را آماده تسلیم به او نماید و مراتب را به او اطلاع دهد، آیا در این فرض، فروشنده می‌تواند بگوید که حق فسخ برای او به علت عدم پرداخت ثمن ظرف سه روز ایجاد شده و آمادگی بعدی تأثیری بر این حق نخواهد گذاشت یا اینکه با تسلیم ثمن دیگر مجوزی برای فسخ باقی نمی‌ماند؟

در پاسخ به این سؤال فقهای امامیه اختلاف نظر دارند. آنهایی که خود را با این مسأله درگیر کردند، ذیل عنوان «بذل ثمن توسط مشتری بعد از سه روز» به بررسی آن پرداخته‌اند. در این رابطه دو دیدگاه وجود دارد (رشتی، ۱۴۰۷، ۵۷۵، ۵۷۴) عده‌ای معتقدند که خیار ساقط می‌گردد (حلی (علامه)، تذکره الفقهاء، ۱۴۱۴، ۷۳، ۷۴).^۲ عمده استدلال آنها این است که علت خیار ضرر فعلی است و اطلاق اخبار منصرف به حالت ضرر فعلی و عدم حضور مشتری ظرف سه روز است و با وجود بذل ثمن، علت منتفی می‌گردد چرا که ضرری متوجه بایع نمی‌گردد. اما نسبت به ضرر سابق باید گفت که فسخ در زمان بذل ثمن، ضرر سابق را مرتفع و جبران نمی‌کند مگر در موارد بسیار نادر. پس ضرر سابق به دلیل عدم وجود چیزی که آن را در زمان لاحق جبران کند باقی می‌ماند (انصاری، ۱۴۱۱، ۲، ۴۱۶، ۴۱۷).

گروه دیگر معتقد به بقای خیار هستند. به این دلیل که اخباری که دلالت بر وجود خیار دارند مطلق بوده و تفصیلی میان موردی که مشتری ثمن را بعد از سه روز پرداخت کند و یا پرداخت نکند قائل نشده‌اند (خویی، ۱۴۲۳، ۷، ۳۵، روحانی قمی، ۱۴۲۹، ۶، ۲۳؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۲۴۱؛ اخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ۲۰۳)، لذا مقتضای اطلاق اخبار دلالت بر بقای خیار دارد. از طرف دیگر با رجوع به استصحاب، حکم به بقای خیار می‌شود. همچنین این خیار فوری نبوده و تأخیر در اعمال آن موجب سقوط خیار نیست و از طرف دیگر موجبات سقوط خیار تأخیر ثمن مشخص است و بذل بعد از سه روز از موجبات آن نیست (حکیم، ۱۴۱۵، ۲، ۶۷). همچنین گفته شده که در تأسیس خیار اشاره‌ای به ضرر نشده چه رسد به اینکه وجود و عدم وجود

۱- ماده ۴۰۲ قانون مدنی: «هر گاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین 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.»

۲- «لو مضی ثلاثة أيام فما زاد و لم یفسخ البایع و أحضر مشتری الثمن و مکنه منه، سقط الخیار؛ لزوال المقتضی لثبوته، و هو التضرر بالتأخیر»

خيار تابع آن گردد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۲، ۵۵). ضرر حاصل به سبب تأخیر، علت ثبوت خيار است ولی علت دوام و استمرار خيار نیست و زوال علت نخستین ثبوت خيار، ملازمه با زوال معلول (خيار) ندارد (نجفی، ۱۳۰۱، ۴، ۴۱). عده‌ای دیگر نیز در تحلیل مسأله هر دو احتمال را ممکن دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۷۴؛ نائینی، ۱۳۷۲، ۲، ۱۰۰).

اختیار فسخ معامله را طریقی برای دفع ضرر از فروشنده و ایجاد عدالت دانسته که آن نیز با تسلیم ثمن، مبنای خود را از دست می‌دهد. علاوه بر این پس از تسلیم ثمن به فروشنده، دیگر ضرری با فسخ عقد جبران نمی‌شود بلکه او فقط حربه‌ای به دست می‌آورد که آنچه می‌خواهد بکند در حالی که بر هم زدن عقد همیشه به عنوان آخرین حربه است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱، ۲۱۷). در مقابل گفته شده چون حق فسخ با گذشت سه روز از تاریخ عقد و عدم تأدیه محرز گردیده است و همچنین از آنجایی که حق فسخ بدون سبب قانونی یا اسقاط از جانب صاحب حق، ساقط نمی‌شود و در اینجا نیز نه سبب قانونی موجود بوده و نه اسقاطی، لذا خيار باقی و بایع می‌تواند بیع را فسخ کن (امامی، ۱۳۸۲، ۱، ۴۶۹).

۴- خيار غبن

در مورد خيار غبن این سؤال مطرح می‌شود که اگر غابن پیش از اعمال خيار از ناحیه مغبون، مابه-التفاوت قیمت واقعی و قیمت قراردادی را به او پرداخت کند به طوریکه ضرر کاملاً جبران شود، آیا خيار غبن ساقط می‌شود یا خيار ایجاد شده متأثر از جبران بعدی نمی‌گردد. در پاسخ به این سؤال دو دیدگاه در فقه مطرح است.

۴-۱- عدم سقوط خيار

خيار قبل از دفع ما به التفاوت ثابت گردیده و خيار حقی است برای مغبون و به وسیله اسقاط از جانب او ساقط می‌گردد (عمیدی، ۱۴۱۶، ۱، ۴۹). سقوط خيار باید مبتنی بر دلیلی باشد و زوال ضرر، اقتضای زوال خيار را ندارد (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷، ۳، ۲۷۵؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۹، ۳، ۲۰۸، ۲۰۷). پرداخت مابه-التفاوت، معامله غبنی را از حالت غبنی بودن خارج نمی‌کند، زیرا آن، هبه مستقلى است و تردیدی نیست که با هبه خيار ساقط نمی‌گردد (حلی، ۱۳۸۷، ۱، ۴۸۴، ۴۸۵) و اگر دفع مابه‌التفاوت، در مقابل ترک فسخ باشد این امر منوط به تراضی است (کرکی، ۱۴۱۴، ۴، ۲۹۴؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۱، ۶۱۴).

همچنین انتفاء ضرر منحصر در بذل مابه‌التفاوت نیست ممکن است به وسیله رد باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۱۴، ۲۳۰ و ۲۳۱).

۲-۴- سقوط خیار

بعضی از علما گفته‌اند اگر غابن تفاوت را به مغبون پرداخت کند احتمال سقوط خیار وجود دارد زیرا موجب خیار که غبن است منتفی می‌گردد (حلی، ۱۴۱۴، ۱۱، ۷۱). زیرا اصل و قاعده در اثبات خیار، ضرر است که آن نیز با بذل مابه‌التفاوت زائل می‌گردد (کاشانی، ۱۴۲۲، ۳، ۷۴). یکی از استدلال‌های معتقدین به عدم سقوط خیار این بود که بذل مازاد یا مابه‌التفاوت، هبه مستقلی است که ربطی به معامله غبنی ندارد و آن را از حالت غبنی خارج نمی‌کند. اما شیخ انصاری به این نظر می‌تازد و معتقد است مال مبذول، غرامت و جریمه خدعه غابن است نه هبه مستقل و در صورت بذل مازاد از سوی غابن، مغبون خیار نخواهد داشت و استدلال به حدیث لاضرر برای ثبوت خیار ناتمام است (انصاری، ۱۴۱۱، ۲، ۳۷۳)، زیرا در صورتی که غابن حاضر به بذل مازاد شود اگر باز هم حکم به بقای خیار غبن و جواز فسخ از سوی مغبون گردد مستلزم ضرر بر غابن می‌باشد^۱ و در جانب غابن هم لاضرر جاری گشته و با لاضرر در جانب مغبون تعارض می‌نماید. بنابراین اگر مبنای خیار غبن، لاضرر باشد منصرف به صورت امتناع غابن از بذل مازاد است (همان، ۳۷۴).

از طرف دیگر شیخ استناد به استصحاب را برای بقای خیار مردود می‌داند. زیرا برای جریان استصحاب دو شرط معتبر است، ۱- یقین به ثبوت مشکوک در سابق ۲- شک در بقای مشکوک در زمان لاحق. در صورتی که در محل نزاع، ما شک می‌کنیم که آیا خیار غبن اختصاص به صورتی دارد که غابن از بذل مازاد امتناع می‌کند و یا اینکه اختصاص به صورت امتناع نداشته و در صورت بذل هم خیار ثابت است. در نتیجه شک ما در ثبوت و عدم ثبوت خیار بوده نه در بقای خیار، و یقین به ثبوت که رکن اول است حاصل نیست. به عبارت دیگر شک ما در ارتفاع خیار نمی‌باشد بلکه در اندفاع خیار است (همان منبع).

همچنین علامه در تذکره بیان داشته‌اند که در بیع مرابحه (بیعی که بایع به مشتری از مبلغ واقعی مبیع و سودی که عاید او می‌گردد اطلاع می‌دهد)، اگر بایع در اخبار از میزان خرید و سود، دروغ بگوید و بعداً مقدار زاید و سود آن را به مشتری رد کند مشتری خیار نخواهد داشت (همان منبع).

۱- شیخ در اینجا ضرر را اینگونه توجیح می‌کند که غرض مردم متعلق می‌شود به آنچه که به آنها منتقل می‌شود یعنی عوض‌های اموالشان، خصوصاً زمانیکه عوض اموال پول باشد و نقض غرض ضرر است.

قانون مدنی از دو دیدگاه موجود در فقه، متمایل به نظر مشهور شده و در ماده ۴۲۱ بیان می‌دارد: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار فسخ ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به أخذ تفاوت قیمت راضی گردد». بنابراین قانون مدنی به قبیل و قال‌ها پایان داده و صرف وجود نابرابری در عوضین را در زمان انعقاد عقد کافی برای ایجاد و بقای خیار غبن دانسته و پرداخت مابه‌التفاوت، تأثیری در سقوط خیار غبن ندارد.

۴-۳- خیار عیب

یکی از اختیارات قانونی خیار عیب است. به موجب این خیار، اگر بعد از معامله آشکار شود که مبیع معیوب بوده مشتری می‌تواند مبیع معیوب را با أخذ ارش قبول نماید یا قرارداد را فسخ کند (ماده ۴۲۲ قانون مدنی).

سؤال این نوشتار در مورد خیار عیب اینگونه مطرح می‌شود که اگر قبل از اعمال خیار، عیب موجود در کالا از بین برود (خواه به خودی خود، خواه در نتیجه فعل فروشنده) یا فروشنده ثانیاً کالایی سالم و منطبق با اوصاف قراردادی تسلیم خریدار نماید، آیا خیار عیب ساقط می‌شود یا اینکه وجود عیب در زمان انعقاد عقد، کافی برای ایجاد و بقای خیار است و استمرار عیب تا زمان اعمال خیار، شرط نیست. در رابطه با این مسأله سه دیدگاه در فقه وجود دارد (رشتی، ۱۴۰۷، ۶۶۴)، که در ادامه به بیان این سه دیدگاه می‌پردازیم.

۴-۳-۱- سقوط رد و ارش

علامه در تذکره الفقها به این مطلب توجه داشته و معتقد است که اگر مبیع، معیوب باشد و عیب چه قبل از علم و چه بعد از علم زائل شود حق رد^۱ ساقط می‌گردد (حلی، تذکره الفقها، جلد یازدهم، ۵۴۱). شیخ انصاری در تحلیل کلام علامه می‌گوید، هرچند کلام ایشان صراحت در سقوط رد دارد ولی ظهورش در این است که ارش نیز ساقط می‌گردد زیرا از یک طرف ایشان زوال عیب، قبل و بعد از علم به وجود

۱- به موجب خیار عیب مشتری دو حق پیدا می‌کند: ۱- یا کالای معیوب را نگه دارد و مابه‌التفاوت کالای معیوب و کالای سالم را از فروشنده مطالبه کند که به این حق در اصطلاح ارش گفته می‌شود. ۲- یا اینکه معامله را فسخ نموده و مبیع را به فروشنده مسترد کند و فروشنده در این صورت باید ثمن را به خریدار برگرداند. حق مذکور در کلام فقها به حق رد تعبیر شده است.

عیب راه، به زوال عیب قبل از عقد تشبیه کرده است و از طرف دیگر در موضع دیگر و در ضمن یک مثالی^۱، زوال عیب قدیم را موجب سقوط حق رد و ارش دانسته است. نویسنده دیگری بیان داشته‌اند که با توجه به انتفای حکمت حکم در صورت زوال عیب (صبر بر عیب موجب ضرر است و حکمت تأسیس خیار عیب دفع این ضرر است) و همچنین با توجه به عدم تفاوت بین ارش و رد از لحاظ سبب ایجاد، هر دو ساقط می‌شوند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۸۸).

۴-۳-۲- سقوط رد بدون سقوط ارش

اما شیخ انصاری معتقد است که قول به ثبوت ارش و سقوط رد قوی‌تر است. استدلال شیخ برای ثبوت رد بدین شرح است که ظاهر ادله رد (خصوصاً اینکه صبر بر عیب موجب ضرر است)، رد معیوب است یعنی ظهور ادله در این است که باید مشتری معیوب را رد کند، زیرا معیوب یکی از مشتقات است و مشتق نیز حقیقت در متلبس است از این رو معیوب، متلبس به عیب را گویند نه آنچه که در زمان قبل معیوب بوده و سپس عیب از آن زائل گشته است. پس در اینجا توهم استصحاب خیار نشود.^۲ اما در مورد عدم سقوط ارش، چون علت استحقاق مطالبه ارش، فوت وصف صحت بوده که به سبب عقد در ذمه بایع مستقر گردیده و صحت (رفع عیب از معیوب) نیز در ملک مشتری حادث گردیده است، و بدیهی است که برائت ذمه بایع نیز نیازمند دلیل است که در اینجا مفقود است (انصاری، ۱۴۱۱، ۲، ۴۶۵).

به نظر شیخ ایراد شده است، با این استدلال که موضوع رد و ارش واحد است. پس یا باید گفت که معیوب فعلی موضوع خیار عیب است که در این صورت نسبت به رد و ارش یکسان است و لازمه آن ارتفاع استحقاق رد و ارش بزوال عیب است و یا اینکه موضوع را معیوب حال عقد قرار دهیم که در این صورت نیز نسبت به هر دو یکسان است و زوال عیب موجب زوال هیچ یک نمی‌شود چون به طور حتم مبیع در حال عقد معیوب بوده است. علت این تفکیک این است که شیخ خیال می‌کند ارش بر ذمه مستقر می‌گردد

۱- اگر مشتری عیدی خریداری کند و در زمانی که در دست مشتری است نقطه سفیدی در چشم او حادث شود و بعد از حدوث نقطه سفید مشتری نقطه سفید دیگری که از قبل در چشم او بوده را بیابد، سپس یکی از دو نقطه سفید زائل گردد. بین بایع و مشتری اختلاف حاصل شود که نقطه زائل شده آیا نقطه قدیمی است یا نقطه‌ای که در زمان تصرف مشتری به وجود آمده. مشتری قائل به زوال نقطه جدید و بایع قائل به زوال نقطه قدیمی باشد. اگر قول مشتری ثابت گردد بایع نه حق رد دارد و نه حق ارش، و اگر قول مشتری ثابت گردد، مشتری حق رد و ارش دارد.

۲- علت عدم جریان استصحاب این است که استصحاب موضوع می‌خواهد و موضوع در مانحن فیه مال معیوب است در حالی که پس از زوال عیب، دیگر مال معیوب نیست.

و در صورت شک می‌توان بقای آن را حتی بعد از زوال عیب استصحاب کرد. در حالی که متعلق رد، عین خارجی است و احتمال دارد که فعلیت عیب در ثبوت حق رد، مدخلیت داشته باشد و لذا با زوال عیب نمی‌توان استصحاب کرد. در حالی که این احتمال مردود است زیرا موضوع هر دو عین خارجی است و متیقن از ثبوت هر دو حق حالت فعلیت عیب است پس در این صورت استصحاب را نمی‌توان نسبت به هیچکدام جاری نمود (ایروانی، ۱۴۲۱، ۸۰).

۴-۳-۳- عدم سقوط حق رد و ارش

ظاهر ادله خیار عیب، این است که فاسخ باید آنچه را که معیوب بوده رد نماید و ظاهر آن خصوص معیوب بودن در حال رد نیست هرچند متعلق رد در ادله، معیوب باشد. از طرف دیگر با زوال عیب، اخذ عنوان معیوب به این دلیل که به سبب مشتق بودن تلبس در عیب دارد مستلزم مجاز نمی‌گردد همچنانکه در مثل «السارق و السارقه فاقطوا أیدیہما» مستلزم مجاز نمی‌گردد اگرچه در حال قطع متلبس به حالت نخستین یعنی سارق بودن نیست. همچنین اطلاق ادله شامل حالت زوال نیز می‌باشد و استصحاب بقای خیار نیز بدون اشکال است زیرا عیب در نظر عرف در زمره عوارض و احوال است نه مقومات (خراسانی، ۱۴۰۶، ۲۲۴).

واضح است که برای حق رد و ارش، سبب و موضوعی یکسان وجود دارد چون عقد بر معیوب موجب رد است موجب ارش نیز هست. حق ارش یکی از طرفین خیار عیب است چگونه ممکن است استحقاق مطالبه ارش وجود داشته باشد ولی رد نباشد (همان، ۲۲۴).

۵- نظر نگارنده

به نظر می‌رسد که در مواردی که صراحت قانونی دال بر بقای خیار وجود دارد دیگر مجالی برای اجتهاد باقی نمی‌ماند مثلاً در مورد خیار غبن، ماده ۴۲۱ قانون مدنی، تردیدی باقی نمی‌گذارد که حتی بعد از جبران غبن، خیار مغبون ساقط نمی‌گردد. اما در سایر موارد باید اصول و مبانی، مقتضیات و مصالح را درهم آمیخت تا به نتیجه مطلوب رسید. هرچند دیدگاه و استدلال‌های موافقین بقای خیار، قوی و درخور توجه می‌باشد ولی به نظر ما پذیرش دیدگاه مخالفین بقای خیار و حق فسخ، با اصول و مقتضیات سازگارتر

است. علاوه بر استدلال‌هایی که مخالفین بیان داشته‌اند نکات ذیل نیز در تقویت این نظر قابل ملاحظه می‌باشد.

۵-۱- اصل لزوم به عنوان حافظ و نگهدار قراردادهای سایه خود را بر سر تمام قراردادهای گسترانیده، لذا در تفسیر و تعبیر سایر مقررات باید نگاهی ویژه به این اصل بنیادی گردد. بی‌تردید هر زمان که شک در وجود خیار داشته باشیم با توجه به اصل عدم، حکم به عدم وجود خیار و با توجه به اصل لزوم، حکم به لزوم قرارداد می‌کنیم. در ما نحن فیه نیز می‌توانیم شک حاصل را تأویل و تعبیر به شک در وجود خیار نماییم، مثلاً در مورد خیار تأخیر ثمن، بگوییم که با بذل ثمن قبل از اعمال حق فسخ، شک می‌کنیم که آیا خیاری از ابتدا ثابت شده یا نه. یا در مورد خیار عیب با رفع عیب شک می‌کنیم که از ابتدا خیاری ثابت بوده یا نه. در این صورت شک مذکور، مجرای اعمال اصل عدم خیار و لزوم قرارداد می‌گردد و محلی برای استصحاب وجود نخواهد داشت.

۵-۲- قانونگذار فقط در بحث خیار غبن (ماده ۴۲۱)، انتفای موجب خیار را، سبب اسقاط خیار ندانسته و در بقیه موارد سکوت اختیار کرده است. با چند مقدمه می‌توان از این رویکرد قانونگذار برای اثبات مدعای خود استفاده کرد. اولاً نمی‌توان حکم مندرج در ماده مذکور را به همه اختیارات تعمیم داد، چون اختیارات مذکور در قانون مدنی از جهت شرایط ایجاد و بعضاً تأثیر آن بر عقد (مثل خیار عیب، تبعض صفقه، تخلف از شرط فعل) با هم متفاوت هستند، لذا بدیهی است که از ملاک ماده مذکور نمی‌توان قاعده‌ای عام، برای تمام اختیارات تأسیس نمود و گفت که با استناد به این ماده، از بین بردن مبنای خیار تأثیری در زوال خیار نخواهد داشت. ثانیاً، اگر قانونگذار در مقام تأسیس قاعده‌ای عام بود این مسأله را در بحث «احکام اختیارات به طور کلی» (مواد ۴۴۵ تا ۴۵۷ قانون مدنی) بیان می‌کرد یا اینکه بعد از تبیین هر یک از اختیارات، موضع خود را راجع به مسأله تحقیق در همان خیار تصریح می‌کرد، در حالیکه به هیچ یک از این دو روش متوسل نشده است. ثالثاً، به دو دلیل نمی‌توان ادعا کرد که قانونگذار از امکان حدوث انتفای مبنای خیار آگاه نبوده است؛ نخست، از ریشه بحث در فقه و تعدد اقوال و دیدگاه‌ها و دوم موضع‌گیری کردن در خیار غبن، که جملگی حکایت از علم قانونگذار به مسأله مورد بحث دارد. رابعاً، نمی‌توان ادعا کرد که عدم سقوط خیار با انتفای مبنای آن، آنقدر بدیهی است که نیاز به وضع قاعده ندارد، زیرا پاسخ آن این است که، اگر امری مسلم و بدیهی می‌بود نمی‌بایست اقوال متکثر متفاوت، راجع به آن وجود داشته باشد و نیز اگر امری مسلم و بدیهی می‌بود، نیازی به تصریح آن، فقط در باب خیار غبن وجود نداشت. اکنون با توجه به

مقدمات فوق می‌توان به نتیجه‌ای مطلوب رسید و گفت اینکه قانونگذار از دو دیدگاه موجود در فقه آگاه بوده و تأسیس قاعده نیز ضرورت داشته و نظر مخالف را (یعنی عدم سقوط خیار با انتفای مبنای آن) منحصر به خیار غبن کرده (یعنی در مقام بیان بوده) و در بقیه موارد سکوت اختیار کرده، لذا سکوت در مقام بیان می‌تواند دلیلی بر پذیرش دیدگاه دوم (یعنی سقوط خیار با انتفای مبنای آن) در بقیه اختیارات باشد.

۵-۳- برای سقوط خیار می‌توانیم به قاعده فقهی «اذا زال المانع عاد الممنوع» (لنگرودی، ۱۳۸۱، ۷۷۴؛ نجفی، ۱۳۵۹، ۲۵ و ۸۳) نیز استناد کنیم. قاعده مذکور یک قاعده عقلی بوده و مستندی از ناحیه کتاب و سنت ندارد، ولی از جمله قواعدی است که غالباً مورد قبول علماء و حقوق دانان اسلامی قرار گرفته است. در توضیح قاعده باید گفت: هر مانعی که تأثیر در چیزی می‌کند در مقابل خود، چیز متأثری دارد که آنرا ممنوع نامیده‌اند. همانطور که مؤثر بدون متأثر وجود ندارد، مانع بدون ممنوع هم دیده نمی‌شود.

دو نوع مانع می‌توان تصور نمود:

۱- مانعی که بیشتر در مسائل قضائی نمود دارد و به کلی ممنوع خود را از بین می‌برد و فرصت حیات مجدد را از دید قضائی به آن نمی‌دهد، برای مثال اگر دادرس قبلاً درباره موضوع دعوی اقامه شده، به عنوان دادرس یا داور یا کارشناس یا گواه اظهار نظر کرده باشد، دیگر نمی‌تواند درباره همان موضوع رسیدگی نماید (بند ماده ۹۱ قانون آئین دادرسی مدنی). همچنین است وکیل دادگستری که قبلاً به مناسب شغل قضائی، نسبت به موضوعی اظهار نظر کرده باشد اطلاق ماده ۴۰ قانون وکالت او را از قبول وکالت در خصوص همان موضوع ممنوع می‌سازد مگر در دعوی مربوط به متفرعات و مشتقات آن، که موضوعاً با دعوی سابق تفاوت داشته باشد که در این صورت قبول وکالت بلا اشکال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۴، ۴۳۳ و ۴۳۴).

۲- نوع دوم از مانع که غالباً در مسائل حقوقی نمود دارد، مانعی است که بطور کلی ممنوع خود را از بین نمی‌برد و مجال زندگی حقوقی مجدد برای او می‌گذارد. به عبارت دیگر تأثیر مانع بطور موقتی بوده و پس از مدتی اگر مانع برطرف شود، ممنوع به حال سابق خود بر می‌گردد. در مثال این نوع مانع و ممنوع می‌توان به این امثله اشاره نمود.

الف) اگر کسی عقد ضمان موقت ببندد و در مدت عقد ضمان، ضامن بدهی خود را نپردازد و در این مدت مضمون له طلب خود را از ضامن مطالبه نکند، پس از این مدت فقط می‌تواند طلب خود را از مضمون عنه مطالبه کند. در مدت عقد ضمان هر چند که ذمه مضمون عنه فارغ شده بود اما این فراغ ذمه جنبه

موقت داشت و عاملی که مانع مطالبه از مدیون اصلی بود همانا عقد ضمان موقت بود که با سپری شدن عمر مانع، ممنوع (دین مدیون اصلی) به حال سابق بر عقد ضمان بر می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۴۳۴ و ۴۳۵)

ب) اگر مشتری مفلس گردد و عین مال نزد او نباشد (به ثالث انتقال داده باشد) با بیع حق استرداد عین آن مال را ندارد و باید در صف غرما قرار گیرد (ماده ۳۸۰ ق.م) و اگر آن عین بعداً به مفلس باز گردد، آیا با بیع حق استرداد آن را دارد؟ اطلاق عبارت ماده ۳۸۰ ق.م شامل این فرض هم می‌شود. در فقه گفته‌اند: حق استرداد دارد زیرا مانع استرداد (نقل مال به ثالث) از بین رفت پس «اذا زال المانع عاد الممنوع».

طریق استناد به قاعده مذکور برای اثبات مدعا اینگونه است که، اصل اولیه در قراردادهای لزوم است، اما عواملی مثل حدوث عیب و یا عدم پرداخت ثمن مانعی برای اعمال این اصل بوده و موجب اعطاء حق فسخ می‌گردند، اما با رفع مانع (مثلاً پرداخت ثمن یا رفع عیب) ممنوع (لزوم) بر می‌گردد.

۴-۵- به نظر می‌رسد که مهمترین مبنای و حکمت تأسیس خیارها، قاعده لاضرر است و قول به بقای خیار با انتفای مبنای آن با لاضرر سازگار نیست. مثلاً در صورتی که با بیع بعد از گذشت سه روز هنوز ثمن مبیع را پرداخت ننماید التزام به بیع مستلزم ورود ضرر به بائع می‌گردد، لذا او می‌تواند با استناد به خیار تأخیر ثمن اقدام به فسخ قرارداد نموده و با فروش مجدد مبیع به شخص ثالث جلوی ضرر آتی را بگیرد. اما اگر فروشنده بلافاصله بعد از سه روز با تمام ثمن حاضر گردد و بائع هنوز اقدام به فسخ و فروش مبیع نکرده باشد اگر هنوز قائل به جواز فسخ قرارداد باشیم قطعاً مبنای فسخ در اینجا، دفع ضرر نیست. یا مثلاً در مورد خیار عیب، اگر فروشنده عیب موجود در مبیع را به حد کمال مرتفع سازد به طوری که مطلوب خریدار از بیع حاصل گردد در این صورت نیز اعتقاد به بقای خیار با قاعده لاضرر سازگار نمی‌باشد. از همین روست که قانونگذار در ماده ۴۷۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «... اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد». در بند ۲ ماده ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ نیز بیان شده بود که صدور حکم به فسخ اجاره از سوی دادگاه منوط به این است که رفع عیب مقدور نباشد.

۵-۵- بحث تخلف مشروط علیه نسبت به اجرای مفاد مشروط، نظر مشهور فقهای امامیه و ضمانت اجرای پیش‌بینی شده قانون ایران (مواد ۲۳۹، ۲۳۸، ۲۳۷ ق.م) ابتدائاً درخواست اجرای تعهد توسط مشروط له

از مشروط علیه و الزام حاکم به اجرای تعهد و نهایتاً در صورت عدم امکان الزام، به منظور دفع ضرر مشروط له برای او حق فسخ ایجاد می‌شود.

با الغاء خصوصیت از ملاک مواد مذکور و تسری آن به موضوع مقاله حاضر می‌توان گفت که چنانچه متعهد قبل از هر کس اقدام به جبران نقض تعهد خویش نموده و مبنای وجود خیار را از بین ببرد، لذا به طریق اولی باید قائل به تداوم عقد و نبود حقی برای متعهدله جهت فسخ قرارداد باشیم.

۵-۶- نهایتاً می‌توان به این استدلال توسل جست که هر گاه متخلف از اجرای تعهد یا طرف ناقض قرارداد (من علیه الخیار)، اقدام به برطرف نمودن نقایص اجرای قرارداد نموده و علت و مبنای تحقق خیار را از بین ببرد به طوری که دیگری ضرری غیرمتدارک وجود نداشته باشد، در این صورت بنای عقلا و عرف رایج وجود حق فسخ برای متعهدله را بر نمی‌تابد و حکم به بقای خیار را ظالمانه و ناعادلانه می‌پندارد.

۶- رویکرد اسناد بین المللی مورد مطالعه

پس از تبیین رویکرد نظام فقهی و حقوقی ایران راجع به موضوع تحقیق، در این گفتار برآنیم تا ببینیم که جدیدترین اسناد بین‌المللی مرتبط چه راهکاری برای حفظ و بقای قرارداد در مقابل حق فسخ اندیشیده‌اند.

برای نیل به این منظور، ابتدا رویکرد این اسناد را به طور جداگانه بیان و در نهایت به مقایسه آنها با یگدیگر پرداخته می‌شود.

۶-۱- کنوانسیون

بند ۱ ماده ۴۸ کنوانسیون به بایع اجازه داده که حتی پس از موعد تسلیم هر نوع قصور در ایفای تعهد را با حصول شرایط معینی جبران کند؛ در این ماده می‌خوانیم: «با رعایت ماده ۴۹ بایع می‌تواند حتی پس از موعد تسلیم هر نوع قصور در ایفای تعهد را به هزینه خود جبران کند به شرط آنکه بتواند این کار را بدون تأخیر غیرمعقول و بدون اینکه موجب زحمت غیرمعقول مشتری شود انجام دهد و باعث عدم اعتماد مشتری نسبت به بازپرداخت هزینه‌های که مشتری به صورت پیش‌پرداخت انجام داده است نشود. با وجود این هر نوع حق مطالبه خسارت برای مشتری به ترتیبی که در این کنوانسیون مقرر شده است محفوظ خواهد بود» (داراب‌پور، ۱۳۷۰، ۱۸۶).

بنابراین طبق ماده فوق فروشنده می‌تواند با فراهم شدن سه شرط حتی پس از موعد تسلیم، قصور در اجرای تعهد را جبران کند:

- ۱) جبران قصور در ایفای تعهد موجب تأخیر غیرمعقول در انجام قرارداد نشود.
- ۲) جبران قصور در ایفای تعهد سبب زحمت غیر معقول برای خریدار نشود.
- ۳) جبران قصور در ایفای تعهد موجب عدم اعتماد مشتری نسبت به بازپرداخت هزینه‌هایی که متحمل شده است نگردد.

اما آنچه مربوط به بحث ما می‌شود پاسخ به این پرسش است که اگر از یک طرف قصور در ایفای تعهد معادل با نقض اساسی باشد به طوری که برای خریدار مطابق ماده ۴۹^۱ حق فسخ ایجاد شود و از طرف دیگر هر سه شرط مذکور در بند ۱ ماده ۴۸ نیز برای فراهم آمدن حق جبران فروشنده وجود داشته باشد، در این صورت کدامیک بر دیگری تقدم و تفوق دارد.

در طرح نخستین کنوانسیون که در سال ۱۹۸۷ تدوین شد ماده ۴۸ فعلی کنوانسیون (که در آن طرح ۴۴ بود) بیان می‌داشت: «اگر مشتری مطابق ماده ۴۵ قرارداد را فسخ نکند، بایع حق جبران مبیع را دارد» (هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، ۱۳۷۴، ۲، ۱۸۸). بنابراین با توجه به طرح نخستین و مفهوم مخالف ماده ۴۴ آن، تعارض به نفع مشتری حل شده بود و فروشنده در صورتی حق جبران داشت که خریدار قرارداد را فسخ نکرده بود.

در کنفرانس دیپلماتیک نمایندگان برخی از کشورها به این پیش نویس اعتراض کردند و خواهان حذف قید «مگر اینکه»^۲ از ابتدای ماده شدند. در واقع نگرانی آنها از این بود که این ماده به گونه ای تفسیر نشود که حق فسخ خریدار باعث از بین رفتن حق جبران فروشنده شود (صفایی، حسن، مرتضی، عادل، محمود، کاظمی، اکبر، میزائزاد، حقوق بیع بین المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ و مقایسه آن با مقررات بیع در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده، ۲۳۵). در نهایت کنفرانس نیز پیشنهاد نمایندگانی که نگران حق جبران بودند را پذیرفت و مطابق با پیشنهاد آنان قید «مگر اینکه» از پیش نویس ماده حذف و عبارت «با رعایت ماده ۴۹» جانشین آن شد.

۱- ماده ۴۹ کنوانسیون: «اگر قصور فروشنده در انجام هر یک از تعهدات قراردادی و تعهداتش به موجب کنوانسیون، معادل با نقض اساسی قرارداد باشد، خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ کند»

علیرغم اصلاحی که انجام شد هنوز هم احتمال تعارض میان ماده ۴۸ و ۴۹ حل نشده است. زیرا ماده ۴۸ از یک طرف بیان می‌دارد که فروشنده می‌تواند «هرگونه قصور»^۱ در اجرای تعهد را جبران کند که اطلاق آن شامل نقض اساسی که منجر به ایجاد حق فسخ برای خریدار است نیز می‌شود. از طرف دیگر در ابتدای ماده مذکور بیان شده: «با رعایت ماده ۴۹ بایع می‌تواند حتی پس از موعد تسلیم هر نوع قصور در ایفای تعهد را به هزینه خود جبران کند» در واقع به موجب این بند حق جبران فروشنده منوط به رعایت حق فسخ خریدار که مندرج در ماده ۴۹ می‌باشد شده است که برداشت منطقی از این ماده اقتضاء دارد که هر گاه خریدار به دلیل نقض اساسی قرارداد، بخواهد از حق فسخ خود مطابق با ماده ۴۹ استفاده کند فروشنده دیگر نمی‌تواند به استناد ماده ۴۸ مدعی استفاده از حق جبران شود (yovel, The Seller Right to Cure a failure to perform, 13). بعلاوه بند ۲ ماده ۴۸ نیز می‌تواند این نتیجه را تقویت نماید. چراکه در این بند آمده بایع (کسی که تعهدش را انجام نداده) می‌بایست از مشتری درخواست نماید تا نظرش را در این خصوص که آیا ایفای تعهد توسط بایع را خواهد پذیرفت یا نه اعلام نماید. بنابراین اگر مشتری به درخواست بایع پاسخ منفی دهد و بخواهد از حق فسخ خود استفاده نماید، دیگر برای بایع حق جبرانی باقی نمی‌ماند. آنچه که از این ماده بر می‌آید این است که نظرخواهی از مشتری برای پذیرش یا عدم پذیرش جبران دال بر اختیار او دارد و این خود بیانگر این است که حق جبران فروشنده بر مشتری تحمیل نمی‌شود.

اما برخی معتقد هستند که حق جبران فروشنده در مقابل حق کلی فسخ قرارداد یک حق خاص است که مخصص حق فسخ و مقدم بر آن است. در مقابل این نظر گفته شده که عبارت «با توجه به ماده ۴۹» یک تقدم و تأخری میان دو حق مذکور ایجاد کرده، به طوری که حق جبران فقط تا زمانی قابل دسترس برای فروشنده است که متضرر با توجه به ماده ۴۹ حق فسخ خود را به طور قانونی اعمال نکرده باشد (yovel, ibid, 17).

به نظر ما راه حل میانه که تعدیل این دو نظر افراطی باشد این است که در ارزیابی نقض اساسی قرارداد (به عنوان سبب اصلی فسخ) می‌بایست همه اوضاع و احوال از جمله قابلیت اصلاح و جبران نقایص موجود، در نظر گرفته شود. بنابراین در جمع میان دو ماده و رفع تعارض می‌توانیم بگوییم در صورتیکه فروشنده بتواند در یک فرصت معقول و متعارف، نقص در اجرای تعهدش را جبران کند به طوری که باعث

1-any failure

مشقت خریدار نشود و اطمینان خاطر نسبت به اجرای تعهد به او بدهد. اصولاً نقض اساسی در قرارداد ایجاد نشده تا خریدار بتواند قرارداد را فسخ کند.

۶-۲- اصول اروپایی

ماده ۱۰۴-۸ اصول اروپایی که در مقام بیان حق جبران برای طرف متخلف می‌باشد ضمن پذیرش اصل حق جبران، آن را مشروط به دو شرط می‌کند. در این ماده می‌خوانیم: «طرفی که اجرای تعهد او از سوی طرف دیگر، به دلیل عدم انطباق آن با قرارداد مورد پذیرش واقع نشد، می‌تواند اجرایی جدید و منطبق با قرارداد انجام دهد، در صورتی که هنوز زمان اجرای تعهد فرا نرسیده باشد یا تأخیر به گونه‌ای نیست که موجب عدم اجرای اساسی شود».

بنابراین طبق این ماده متخلف از اجرای تعهد در دو صورت نمی‌تواند با استناد به حق جبران به دنبال اجرای جدید باشد. نخست، اگر زمان اجرای تعهد فرا رسیده باشد و او هنوز تعهدش را انجام نداده باشد، در این صورت اگر شرایط نقض اساسی برای ایجاد حق فسخ فراهم باشد جایی برای استناد به حق جبران باقی نمی‌ماند. دوم، در صورتی که زمان اجرای تعهد فی‌الذمه رکن قرارداد باشد به گونه‌ای که تأخیر در اجرای تعهد معادل با عدم اجرای اساسی تلقی شود. در چنین مواردی برای متضرر حق فسخ ایجاد شده و طبق ماده مذکور این حق بر حق جبران متخلف، تقدم دارد و تنها طریق برای معلق نمودن اختیار فسخ، اعطای مهلت اضافی برای اجرای تعهد از سوی متعهدله به متعهد است (Yovel, ibid, 18). بنابراین در تمام مواردی که زمان رکن قرارداد است و تأخیر در اجرای تعهد موجب عدم اجرای اساسی می‌شود، متضرر می‌تواند بدون توجه به حق جبران طرف متضرر، قرارداد را فسخ کند. بنابراین در این موارد تراحمی میان حق فسخ متضرر و حق جبران مقصر مطرح نمی‌شود.

با وجود این، فرض تراحم میان حق جبران و حق فسخ در اصول اروپایی منتفی نیست. در صورتی که زمان اجرای تعهد فرا رسیده ولی متعهد هنوز آن را اجرا ننموده باشد و زمان هم رکن قرارداد نباشد، یا در حالتی که تعهد اجرا شده ولی منطبق با قرارداد نیست، اگر فرض کنیم برای متضرر در این فروض، شرایط ایجاد حق فسخ موجود باشد و طرف مقابل نیز به دنبال جبران تخلف خودش باشد، بحث تراحم میان حق فسخ و حق جبران مطرح می‌شود. اکنون می‌خواهیم ببینیم رویکرد اصول اروپایی در این مورد چیست؟

به موجب بند الف ماده (۳) ۳۰۳-۹ اصول اروپایی^۱ در صورتی که متعهد در موعد مقرر تعهد خودش را انجام ندهد ولی خارج از موعد مقرر به اجرای آن بپردازد متعهدله می‌تواند قرارداد را در صورت حصول شرایط نقض اساسی، فسخ کند. تا اینجا هیچ چیز نمی‌تواند مانع اعمال حق فسخ شود. اما ماده مذکور یک محدودیت برای صاحب حق نهاده و آن این که فسخ قرارداد می‌بایست در یک مدت متعارف صورت گیرد در غیر این صورت اگر متعهد در یک مدت متعارف به جبران تعهدش اقدام نماید او حق فسخ قرارداد را از دست داده و در این صورت حق جبران مانع اعمال حق فسخ می‌شود.

از طرفی بند ب ماده (۳) ۳۰۳-۹ نیز به تعدیل حق فسخ متضرر در حمایت از حق جبران مقصر کمک می‌کند.^۲ چرا که به موجب آن اگر طرف متضرر بداند یا دلیلی دارد که می‌داند طرف دیگر هنوز قصد ایفای تعهدش را در مدت متعارف دارد و به طور غیرمتعارفی از دادن اخطار به طرف دیگر مبنی بر اینکه او اجرای تعهد را نخواهد پذیرفت کوتاهی کند، حق فسخ را از دست می‌دهد.

هرچند بندهای ماده فوق در رابطه با آئین دادن اخطار فسخ می‌باشند ولی رابطه میان حق جبران و فسخ را نیز بیان می‌کنند. همان طوری که از منطوق و مفهوم آنها استفاده می‌شود در اصول اروپایی حق جبران خاصیت بازدارندگی ندارد تا مانع اعمال حق فسخ شود مگر در صورتی که طرف متضرر جبران را بپذیرد یا در دادن اخطاری که مبین عدم پذیرش جبران از سوی او است اهمال کند.

۳-۶- اصول تجاری بین‌المللی

اصول تجاری بین‌المللی برخلاف کنوانسیون و اصول اروپایی شرایط و آثار جبران را به طور واضح بیان نموده و هیچ ابهامی در این باره بجا نگذاشته است. در ماده ۴-۱-۷ که در مورد جبران عدم اجرای تعهد از سوی طرف متخلف است می‌خوانیم:

(۱) طرف مسؤول عدم اجرا به هزینه خود می‌تواند هر عدم اجرایی را جبران کند به شرط اینکه:
الف: بدون تأخیر غیرموجه اخطاری مبنی بر نحوه پیشنهاد جبران عدم اجرا و زمان‌بندی آن به طرف

۱- زمانی که تعهد در موعد مقرر انجام نشود، طرف متضرر نیازی ندارد قبل از ایفای تعهد، اخطار فسخ قرارداد بدهد. اگر بعداً تعهد اجرا شد در صورتی که در یک مدت زمان متعارف بعد از آنکه از اجرای تعهد آگاه شد یا می‌بایست آگاه شود اخطار فسخ قرارداد ندهد حق فسخ قرارداد را از دست می‌دهد.

۲- با وجود این طرف متضرر اگر بداند یا دلیلی دارد که می‌داند که طرف دیگر هنوز قصد ایفای تعهدش را در مدت متعارف دارد و به طور غیرمتعارفی از دادن اخطار به طرف دیگر مبنی بر اینکه او اجرای تعهد را نخواهد پذیرفت کوتاهی کند حق فسخ را از دست می‌دهد.

دیگر بدهد.

ب: اقدام جبرانی مزبور در اوضاع و احوال مورد نظر مناسب باشد.

ج: طرف زیان دیده نفع مشروعی در رد اقدام جبرانی مزبور نداشته باشد

د: اقدام جبرانی بلافاصله انجام شود.

۲) حق جبران عدم اجرای تعهد با اخطار فسخ قرارداد از بین نمی‌رود.

۳) در صورت اخطار مؤثر برای جبران عدم اجرا، حقوق طرف متضرر که ناهماهنگ با اجرای تعهد از

سوی طرف مقصر است، تا انقضای زمان جبران، معلق می‌شود.

۴) طرف زیان دیده می‌تواند تا زمان جبران عدم اجرا از انجام تعهداتش خودداری کند.

۵) با وجود جبران عدم اجرا، طرف زیان دیده حق خود را برای مطالبه خسارت ناشی از تأخیر و نیز

خسارت ناشی از جبران یا صدماتی که جبران نیز آن را برطرف نکرده، حفظ می‌کند.

همانطوری که ملاحظه می‌کنید در بند یک، چهار شرط برای به وجود آمدن حق جبران ذکر شده است.

در صورتی که هر چهار شرط مهیا باشد طرف مسؤول عدم اجرا می‌تواند به حق جبران استناد کند. اما

بندهای بعدی که آثار استناد به حق جبران را بیان می‌کند بسیار مهم هستند. برخلاف کنوانسیون و اصول

اروپایی به موجب بند دو ماده مذکور طرفی که تعهدش را انجام نداده و اکنون شرایط به گونه‌ای است که

حق جبران دارد، نیازی ندارد تا رضایت طرف متضرر را برای پذیرش جبران جلب کند، بلکه طرف متضرر

مکلف است تا در این موارد جبران را بپذیرد (Chengwei, op.cit, 144).

همان طوری که در تفسیر این ماده نیز بیان شده است: اگر طرف زیان دیده طبق بند ۱ ماده ۳-۱-۷

قصد فسخ قرارداد را داشته باشد، اخطار فسخ قرارداد در پی یک اخطار مؤثر و قانونی جهت جبران عدم

اجرای تعهد، معلق می‌شود. اگر عدم اجرای تعهد جبران شود اخطار فسخ قرارداد نیز فاقد اثر عملی می‌شود

از سوی دیگر اگر زمان اقدام جبران سپری شود و عدم اجرای اساسی تعهد جبران نشود فسخ قرارداد واجد

اثر قانونی می‌شود (اخلاقی، ۱۳۸۶، ۳۵۶).

در واقع مطابق بند سوم، طرف متضرر نمی‌تواند از ضمانت اجراهایی استفاده کند که با حق جبران

طرف مقصر ناسازگار است مثل دادن اخطار فسخ قرارداد یا انعقاد معاملات معارض. با وجود این اگر طرف

مسؤول عدم اجرا تعهدش را به طور موفقیت‌آمیزی جبران کند، مطابق با بند ۵ مسؤول هر صدمه و زبانی

است که قبل از جبران در نتیجه عدم اجرای تعهد ایجاد شده است. همچنین مسؤول هر ضرر و زیانی است که ناشی از خود اقدام جبرانی است.

۶-۴- مقایسه

در این بند به بررسی یکی از حقوقی پرداختیم که علیرغم مشی قانونگذاران در مبحث ضمانت اجرای نقض قرارداد، چهره حمایتی آن بیشتر متوجه متخلف از اجرای تعهد و سپس متوجه اصل لزوم و استحکام قرارداد می‌باشد. این حق را در اصطلاح حق جبران می‌نامند. طرح بحث از آن جهت است که در صورت حصول شرایط تحقق جبران طرف مقصر و حق فسخ طرف متضرر و تراحم میان این دو حق، این سؤال مطرح می‌شود که کدامیک بر دیگری تقدم و تفوق می‌یابد. آیا متضرر از اجرای تعهد، علیرغم میل باطنی، به دلیل حق جبران طرف مقصر، می‌بایست فرصت دیگری برای اجرای تعهد به او اعطا کند یا اینکه چنین تکلیفی ندارد. پس از بررسی دیدگاه اسناد مورد مطالعه به طور جداگانه اکنون به مقایسه آنها با یکدیگر می‌پردازیم.

در ارتباط با سؤال مطروحه مفسرین کنوانسیون با هم اختلاف نظر دارند. زیرا در کنوانسیون حق جبران فروشنده که مندرج در ماده ۴۸ می‌باشد منوط به رعایت ماده ۴۹ که بیانگر حق فسخ خریدار می‌باشد، شده است که در نتیجه اعتقاد اکثریت بر این است که عبارت «با توجه به ماده ۴۹» که در ماده ۴۸ آمده یک تقدم و تأخری میان این دو حق ایجاد کرده، به طوری که حق جبران تنها تا زمانی قابل دسترس برای فروشنده است که متضرر با توجه به ماده ۴۹ حق فسخ خود را به طور قانونی اعمال نکرده باشد. اما نظر مخالف، معتقد است که حق جبران فروشنده در مقابل حق کلی فسخ قرارداد یک حق خاص و مخصص و مقدم بر آن است. اما به نظر ما در قراردادهای مشمول کنوانسیون، تمیز نقض اساسی از غیراساسی که موجب حق فسخ است، باید با توجه به امکان جبران باشد. به طوری که اگر فروشنده بتواند در یک مدت معقول و متعارف به اصلاح و جبران نقایص تعهدش اقدام نماید اصولاً نقض اساسی در قرارداد ایجاد نشده تا خریدار بتواند به استناد آن قرارداد را فسخ کند.

اما در اصول اروپایی به موجب ماده ۱۰۴-۸ و بند الف و ب ماده (۳) ۳۰۲-۹، حق جبران طرف متخلف از اجرای تعهد نمی‌تواند مانع اعمال حق فسخ شود. با وجود این اگر طرف متضرر تمایلی به پذیرش جبران تخلفات از سوی طرف مقابل را نداشته باشد می‌بایست در صورت اطلاع از اقدام به جبران، ظرف

مهلت متعارف اختطاری مبنی بر عدم پذیرش جبران به طرف مقابل ارسال دارد. وگرنه نمی‌تواند از حق فسخ قرارداد بهره‌مند شود و مجبور به پذیرش جبران اجرای تعهد می‌شود.

اما اصول تجاری بین‌المللی برخلاف دو سند دیگر، شرایط تحقق حق جبران و آثار آن را به طور واضح در ماده ۴-۱-۷ بیان می‌دارد. به موجب این ماده در صورتی که طرف ناقص قرارداد، بدون تأخیر، پیشنهاد جبران را به موجب اختطاری به طرف مقابل ارسال دارد و اقدام مذکور متناسب با اوضاع و احوال بوده و بلافاصله نیز انجام شود و طرف زیان دیده نفع مشروعی در رد آن نداشته باشد، حق جبران برای طرف متخلف ایجاد شده و طرف زیان‌دیده نمی‌تواند به ضمانت اجرایی که در تعارض با این حق می‌باشد، از جمله حق فسخ قرارداد، متوسل شود. اما می‌تواند به علت تأخیر در اجرای تعهد مطالبه خسارت بنماید.

۷- نتیجه

از بررسی‌های بعمل آمده در نظام فقهی و حقوقی ایران و مقایسه آن با مهمترین اسناد بین‌المللی، این نتیجه حاصل شد که هر گاه با از بین بردن مبنای ایجاد خیار به وسیله متخلف، آثار نامطلوب نقایص اجرای تعهد به طور کامل مرتفع شود به طوری که هیچ ضرر غیرمتدارکی وجود نداشته باشد، اصل لزوم به عنوان اصل اولین و بنیادین قراردادها، مانع انحلال بی مورد قرارداد می‌گردد، مگر در جائیکه نص صریحی بر بقای خیار وجود داشته باشد (مثلاً ماده ۴۲۱ قانون مدنی در مورد خیار غبن). نه تنها اصل لزوم، بلکه قواعد فقهی «إذا زال المانع عاد الممنوع» و «لاضرر» و همچنین بنای عقلا و عرف سلیم نیز به عنوان مستند این برابند قابل ارائه هستند. مضافاً بر اینکه رویکرد جدیدترین اسناد بین‌المللی نیز همگام و همسو با این نتیجه می‌باشد.

فهرست منابع

- ۱- القرآن الکریم
- ۲- امام، بهروز، ۱۳۸۶، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه و تحقیق، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ دوم.
- ۳- امامی، میر سیدحسن، ۱۳۸۲، حقوق مدنی، جلد اول، اسلامیه، تهران، چاپ بیست و سوم.
- ۴- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۱، مکاسب، جلد دوم، منشورات دارالذخائر، قم، چاپ اول.

- ۵- ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، ۱۴۰۶، حاشیه‌المکاسب، جلد دوم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۱، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، چاپ دوازدهم.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۶، دانشنامه حقوقی، جلد ۴، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ پنجم.
- ۸- حسینی عاملی، سیدجوادبن محمد، ۱۴۱۹، مفتاح‌الکرامه، جلد چهاردهم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۹- حکیم، سید محمد سعید طباطبایی، ۱۴۱۵، منهاج‌الصالحین، جلد دوم، انتشارات دارالصفوه، لبنان، چاپ اول.
- ۱۰- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۴، تذکره الفقهاء، جلد یازدهم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، چاپ اول.
- ۱۱- حلی، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۷، فخر‌المحققین، ایضاح‌الفوائد فی شرح مشکلات القوائد، جلد اول، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
- ۱۲- خوبی، سید ابوالقاسم موسوی، ۱۴۲۳، مصباح‌الفقاهه، جلد هفتم، چاپ اول.
- ۱۳- قمی، سید صادق حسینی روحانی، ۱۴۲۹، منهاج‌الفقاهه، جلد ششم، انوار‌المهدی، قم، چاپ پنجم.
- ۱۴- خراسانی، آخوندمحمدکاظم بن حسین، ۱۴۰۶، حاشیه‌المکاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول.
- ۱۵- خمینی، سید روح‌الله، ۱۴۲۱، کتاب‌البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، چاپ اول.
- ۱۶- داراب‌پور، مهرباب، ۱۳۷۰، قاعده‌مقابله با خسارت، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۱۷- رشتی، میرزا حبیب‌الله، ۱۴۰۷، فقه‌الامامیه قسم‌الخيارات، کتابفروشی داوری، قم، چاپ اول.
- ۱۸- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳، اصول‌قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، چاپ سوم.
- ۱۹- صفایی، سیدحسن، عادل، مرتضی، محمود، کاظمی، اکبر، میرزانژاد، ۱۳۸۴، حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ و مقایسه آن با مقررات بیع در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده، دانشگاه تهران، تهران، چاپ دوم.
- ۲۰- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، ۱۴۲۱، حاشیه‌مکاسب، جلد دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.

- ۲۱- عاملی، زین‌الدین بن علی، ۱۴۱۳، شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد سوم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، چاپ اول.
- ۲۲- عاملی، زین‌الدین بن علی، ملقب به شهید ثانی، ۱۴۱۹، فوائد القواعد، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۲۳- عاملی، محمد بن مکی، شهید اول، ۱۴۱۷، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد سوم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- ۲۴- عمیدی، سید عمید الدین بن محمد، ۱۴۱۶، کنز القواعد فی حل مشکلات قواعد، جلد اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۲۵- کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۴، عقود معین، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ نهم.
- ۲۶- کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۸، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ چهارم.
- ۲۷- کاشانی، فیض، ۱۴۲۲، مفاتیح الشرایع، جلد سوم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.
- ۲۸- کرکی، علی بن حسین، ۱۴۱۴، ملقب به محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، چاپ دوم.
- ۲۹- نائینی، میرزا محمدحسین غروی، ۱۳۷۳، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد دوم، المکتبه المحمدیه، تهران، چاپ اول.
- ۳۰- نجفی، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، ۱۳۰۱، کاشف القطاء، مورد الانام فی شرح شرائع الاسلام، جلد چهارم، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، چاپ اول.
- ۳۱- نجفی، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، ۱۳۵۹، کاشف الغطاء، تحریر الجملة، المکتبه المرتضوی، نجف، چاپ اول.
- ۳۲- هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌الملل (کنوانسیون ۱۹۸۰ وین)، ۱۳۷۴، ترجمه داراب پور، مهرباب، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ اول.

33-Comments to UPICC, available at, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

34-Comment and Notes to PECL, available at, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

- 35- Joachim Bonell.M, (1996)"The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?" , Uniform Law Review, No.26.
- 36- Liu,Chengwei,(2003)"Remedies in International Sales, Perspective from CISG, UNIDROIT Principle & PECL " , , p.17, available at, www.cisg.law.pace.edu.
- 37-yovel, Jonathon, (2005), "The Seller Right to Cure a failure to perform", p.13, available at, <http://paper.ssrn.com>.
- 38 -Secretariat Commentary on CISG, available at, <<http://www.cisg.law.pace.edu>

