

Original Article

Damages and Termination of Contract: A Review of Law in Iran and Egypt Considering Islamic Jurisprudence and Judicial Decisions

Hamid Miri^{*1}, Ebrahim Javanmard², Mohammad Hossain TaghiPour Darzi Naghibi³ 

¹ Assistant Professor of Theology, Faculty of Human Sciences, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran.

² Assistant Professor of Theology, Faculty of Human Sciences, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran.

³ Assistant Professor of Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.8.2](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)



[10.22080/LPS.2022.24155.1382](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)

Received:

August 15, 2022

Accepted:

November 13, 2022

Available online:

January 25, 2023

Keywords:

Damages, Termination of contract, Egypt, Iran, Breach of contract

Abstract

In this research, it has been examined that on what basis and under what circumstances, the breach of the contract creates a right to compensation and the right of termination from the viewpoint of Iranian and Egyptian law and Islamic jurisprudence. Using an analytical-descriptive method, it has been found that in the Egyptian law, after breaching an obligation, the obligee is free to keep the contract and receive damages or terminate it, while in the Iranian law and Islamic jurisprudence, the first right available is the obligation of the obligor to fulfill his obligation. In the Iranian law and Islamic jurisprudence, the right to terminate an agreement is the result of the failure of specific performance, not a confrontation of obligations or a fundamental breach. It is based on the rules of Tort, not breach of contract. Also, in the Egyptian law, contrary to the Iranian law and Islamic jurisprudence, one of the conditions for claiming damages or terminating a contract is to send a notice to the obligor to fulfill the obligation. Against Article 230 of the Iranian civil code, regarding the agreement on damages, in the Egyptian legal system, the courts have authority to adjust the agreed amount.

***Corresponding Author:** Hamid Miri

Address: Assistant Professor of Theology, Faculty of Human Sciences, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran. **Email:** HamidMiri1387@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

Compelling the promisor to fulfill his promise is one of the most important remedies for breach of contract. This can be seen in Islamic Jurisprudence as it has been emphasized in Islamic teachings and researches, so that it is usually considered as the first right for promisee. In the Iranian law, although there is an opposite view, according to the popular view and the practice of the courts, as long as it is possible to perform the contract even by specific performance, there is no reason for termination. In the Egyptian law, despite the silence of the model law (France), by applying the Islamic jurisprudence approach, a similar method has been accepted. Notwithstanding, the obligee has option to select between specific performance and the termination of the contract based on the theory of confrontation reciprocal obligations

According to the literature, the lack of general research on this regard is so obvious that it is valuable to pay attention to this subject especially with a comparative view and with an emphasis on judicial procedure. The Egyptian law is important as the French law and the Islamic jurisprudence partially affect it and it is a pioneer Islamic country in the codification of the Civil Law. In this way, it is possible to compare the Iranian law and the judicial procedure with the Egyptian law to know the similarities and differences between these two systems in this field.

Based on these explanations, we will have an attempt to answer to the following questions: "What is the basis of contractual liability for breach of contract in the Islamic jurisprudence, the Iranian law, and the Egyptian law? Is it possible to

establish a comprehensive theory in the field of the right to terminate the contract under breach in the Islamic jurisprudence?

2. Study Method

The present article has been written using a descriptive-analytical method to analyze the library studies.

3. Findings

Reciprocation between contractual obligations is the main basis for the emergence of the right to terminate the contract under breach in the Egyptian law, while this ability is available in the Iranian law and Islamic jurisprudence based on the failure to specific performance and special rulings.

4. Conclusion

In the Islamic jurisprudence and Iranian law, if the contract is valid, obligation under it must be performed based on the emphasis of Islam and legislator on performing the obligations. Therefore, if one of parties to the contract breaches the contract, he will be forced to do it. Such an approach in the Islamic jurisprudence and Iranian law has caused a focus on the method of specific performance. Thus, especially in the Islamic jurisprudence, efforts are made to fulfill obligation using various means from direct performance to imprisoning the obligor. It can be well understood that until the fulfillment of the obligation is possible, it is not the time to arise the right to damages for non-fulfillment of the obligation or breaking the contract. From this point of view, simply breaching the commitment does not give the other party the right to terminate for the other party. Also, the necessity of the violation that creates such a right to be fundamental is also ambiguous. From this point of view, the acceptable theory is the theory of the right of rescission arising from the excuse of the



obligee with special and exceptional rules. Moreover, in the Egyptian law, the obligation of the obligee to perform the same contractual obligation is possible in addition to cancellation or damages.

In the Egyptian law, the promise will be entitled to damages if he has given to the obligor a notice, incur losses, and can establish causation between the loss and the breach of the obligation. Regarding fault requirement, the mere failure to fulfill the obligation is considered as fault. The same conditions are available in the Iranian law albeit with this difference that, except in the case of damages for late payment, there is no obligation to provide a warning to the obligor. Also, in the Egyptian law, the termination of the contract under the breach of obligation must have a warning to the obligor and filing a lawsuit in court, while, as a rule,

this is not necessary in the Iranian law and Islamic jurisprudence.

5-Funding

There is no funding support for his essay.

6-Authors' contribution

Authors contributed to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

7- Conflict of interest


Authors declared no conflict of interest.

8- Acknowledgments

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.

علمی پژوهشی

خسارت و فسخ قرارداد؛ بازخوانی رویکرد حقوق ایران و مصر با نگاهی به رویه قضایی و فقه اسلامی

حمید میری^{۱*}، ابراهیم جوانمرد فرخانی^۲، محمدحسین تقی پور درزی نقیبی^۳ 

^۱ استادیار گروه الهیات، دانشکده ی علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران
^۲ استادیار گروه الهیات، دانشکده ی علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران.
^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.8.2](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)



[10.22080/LPS.2022.24155.1382](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)

چکیده

در این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی به بررسی این امر پرداخته شده است که از نظر حقوق ایران، مصر و فقه اسلامی بر چه مبنا و در چه شرایطی، حق جبران خسارت و نیز حق فسخ پدیدار می‌شود. در حقوق مصر با نقض تعهد، متعهدله آزاد است که قرارداد را ننگه داشته و خسارت دریافت نماید و یا آن را برهم زند در حالی که در حقوق ایران و فقه اسلامی، نخستین حق پیش‌بینی شده برای وی، الزام متعهد به انجام تعهد خویش است. در حقوق ایران و فقه اسلامی، حق فسخ دستاورد تعدد در الزام است نه تقابل تعهدات و یا نقض بنیادین. البته در فقه اسلامی از پیدایش حق خسارت قراردادی سخنی به میان نیامده و اگر هم خسارتی پیش‌بینی شده، مبنای آن قواعد ضمان قهری است. همچنین، در حقوق مصر برخلاف حقوق ایران و فقه اسلامی، یکی از شرایط مطالبه‌ی خسارت یا فسخ قرارداد، ارائه هشدار مبنی بر اجرای تعهد به متعهد است. در حقوق این کشور در زمینه‌ی توافق بر میزان خسارت، برخلاف ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی ایران و نظریه‌ی تعهدات در فقه اسلامی، به دادگاه اختیار تعدیل مبلغ توافقی داده شده است.

تاریخ دریافت:

۲۴ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۲ آبان ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۵ بهمن ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

خسارت، فسخ، مصر، ایران،
نقض تعهد

* نویسنده مسئول: حمید میری

آدرس: استادیار گروه الهیات، دانشکده ی علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران
ایمیل: HamidMiri1387@gmail.com

۱ مقدمه

عبدالحسین شیروی؛ «آثار فسخ در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق مدنی ایران، مصر و فرانسه» نوشته علی عباس حیاتی؛ «جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان» نوشته محسن قاسمی و «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران» نوشته امیر صادقی نشاط اشاره نمود. آنچه در این نوشتار برآنیم درباره‌ی آن سخن بگوییم، مربوط می‌گردد به بررسی مسئله خسارت و فسخ به ویژه با نگاهی تطبیقی به رویکرد دیگر کشورها و با تاکید بر رویه قضایی و فقه اسلامی. بررسی حقوق مصر به دلیل پیروی و تاثیر از حقوق فرانسه و نیز نیم نگاه آن به فقه اسلامی و به عنوان کشور اسلامی پیشگام در نگارش قانون مدنی اهمیت به‌سزایی دارد. بدین‌سان، می‌توان در کنار مقایسه‌ی حقوق ایران و رویه قضایی موجود در دادگاه‌ها با حقوق مصر، میزان تاثیر فقه اسلامی و نیز همسانی‌ها و ناهمسانی‌های موجود میان این سیستم‌ها را مورد بررسی قرار داد.

با این توضیحات در این نوشتار تلاش خواهد شد به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که مبنای پیدایش مسئولیت قراردادی در فقه اسلامی و حقوق ایران و مصر چیست و آیا می‌توان قائل به نظریه‌ای فراگیر در زمینه پیدایش حق فسخ قرارداد در فرض تخلف از مفاد قرارداد شد؟

۲ جبران خسارت برخاسته از پیمان‌شکنی

در بسیاری از دادوستدها، طرف دیگر قرارداد از نظر منافع متصور برای انجام تعهد، ترجیح می‌دهد که با برهم‌زدن قرارداد، ضمن الزام متعهد به انجام تعهد خویش، زیان برخاسته از دیرکرد در انجام تعهد را

تعهدات، وکیل محترم خواهان باید الزام به ایفای تعهد خوانده را از دادگاه بخواهد، در نتیجه دادگاه به استناد مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ از قانون مدنی حکم به ردّ دعوای خواهان صادر و اعلام می‌گردد».

الزام متعهد به انجام تعهد یکی از برجسته‌ترین ضمانت اجراها در برابر نقض تعهد قراردادی است به گونه‌ای که به طور معمول به عنوان نخستین حق برای متعهدله در نظر گرفته می‌شود. در این راستا به حاکم اجازه داده شده است که برای برقراری توازن میان وعده‌های داده شده، شیوه‌های سختگیرانه‌ای را مناسب با حال متعهد از تعزیرات سبک گرفته تا شدید بر وی به‌کار بندد (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۶، ۲۷۶؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹؛ مامقانی، بی‌تا، ۲۳۴).

در حقوق ایران، طبق نظر نویسندگان مشهور حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۳، ۱۹۲؛ گرجی، ۱۳۷۲، ۱، ۴۲) و رویه دادگاه‌ها^۱ تا زمانی که انجام قرارداد و اجبار طرفین به مفاد آن امکان‌پذیر باشد، دلیلی برای فسخ وجود ندارد. این در حالی است که در حقوق مصر طبق ماده‌ی ۱۴۷ قانون مدنی این کشور و بر پایه‌ی نظریه‌ی رویارویی تعهدات متقابل، متعهدله میان درخواست اجبار و فسخ پیمان آزاد گذارده شده است. ماده‌ی ۱۴۷ قانون مدنی مصر در این‌باره این‌گونه آورده است: «در قراردادهایی که برای دو طرف الزام‌آور قلمداد می‌گردند، اگر یکی از دو سوی قرارداد تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر می‌تواند پس از دادن اخطار به وی، انجام قرارداد یا برهم‌زدن آن را همراه با گرفتن خسارت اگر امکانش باشد، بخواهد...». با این وصف، باید دید ترتیب کاربست شیوه‌های جبرانی در برابر سرپیچی از انجام تعهد قراردادی در قلمرو نظام‌های مورد گفتگو چگونه خواهد بود.

از دید پیشینه‌ی پژوهشی می‌توان به برخی مقالات از جمله: «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران» نوشته

۱. در رای صادر شده از سوی شعبه‌ی ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که پیرو دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۹۷ تایید گردیده است، آمده است: «...نظر به اینکه در قرارداد برای خواهان حق فسخی در نظر گرفته نشده است و در صورت عدم انجام



قاعده‌ی جبران خسارت براساس قاعده لاضرر و دیگر قواعد فقهی پذیرفته شده است اما احکام عمومی جبران خسارت برپایه‌ی قواعد ضمان قهری تعریف شده است و امکان گرفتن خسارت ناشی از نقض قرارداد وجود ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۴، ۱۳۱). به همین جهت ضمان اجیر در نگهداری از بار حمل شده و یا کالایی که برای تعمیر در اختیار دارد و ضمان پزشک درباره‌ی زیان های وارده بر بیمار به دنبال درمان یا جراحی و ضمان امین و مستعیر درباره‌ی تلف مال سپرده شده، همگی بر پایه‌ی اتلاف و تسبیب توجیه شده است نه نقض عهد زیرا در فقه اسلامی حق دریافت خسارت قراردادی برای متعهدله پیش‌بینی نشده است (انصاری، ۱۴۲۰، ۶، ۲۷۶). با این وجود، برخی از نویسندگان (بکیر، ۱۳۶۸، ۶۴۹-۶۴۶) در این زمینه تلاش داشته‌اند که با تمسک به مواردی چون ضمان عیب و ضمان مورد اجاره، نظریه‌ای فراگیر درباره‌ی امکان مطالبه‌ی خسارت قراردادی در فقه اسلامی ارائه دهند. در تحلیلی دیگر، منظور از واژه‌ی "بدل" در ماده‌ی ۵۳ مجله احکام العدلیه^۱ همان خسارت قراردادی دانسته شده و تکلیف به تحویل مثل یا قیمت مال در صورت اتلاف آگاهانه‌ی مبیع از سوی فروشنده را به مانند نمونه‌ای برای جبران زیان قراردادی در فقه اسلامی شمرده‌اند (محمدحیب، ۲۰۰۴، ۱۰۶؛ Amkhan, 1994, 325). گفتنی است، اعطای مال به عنوان جبران زیان تنها در صورت تقابل اموال ممکن است و این رویارویی به این معناست که مالی داده شده یا از بین رفته باشد تا بتوان در برابر آن مالی گرفت. پس اگر فروشنده از تسلیم مبیع خودداری ورزد، چنانچه کالا موجود باشد، خریدار می‌تواند الزام وی را بر آن بخواهد و نیز در صورتی که فروشنده از دادن منافع مبیع که پس از بستن قرارداد پدید آمده است سرباز زند، خریدار می‌تواند الزام وی را خواستار شود. اگر عین یا منافع، تسلیم نشده و تلف شوند، خریدار می‌تواند از فروشنده خسارت بخواهد

بخواهد و یا اگر انجام تعهد به دلیل نقض تعهد ناممکن شود یا به دلیل اهمیّت زمان، انجام تعهد دیگر سودی به همراه نداشته باشد، جبران زیان وارد بر خود در برابر عدم انجام تعهد را خواستار شود.

۲،۱ بنیان حق

حقوق مصر و ایران در زمینه‌ی حق جبران زیان ناشی از نقض تعهد تصریح دارند ولی برخلاف حقوق مصر که مطالبه‌ی چنین زینانی را وابسته به عدم بهره‌گیری از اختیار موجود میان الزام و فسخ قرارداد دانسته است، قانون مدنی ایران در این زمینه مسکوت است و اگرچه جای این بحث در اینجا نیست ولی آنچه از مواد ۲۱۹، ۲۴۳، ۳۷۶، ۳۹۵، ۴۰۳، ۲۳۴ تا ۲۳۷، ۳۷۹ و ۴۹۶ قانون مدنی، دیدگاه مشهور حقوقی و رویه‌ی دادگاه‌ها برمی‌آید، نبود چنین تخییری است. از این روی، طرف دیگر هنگامی سزاوار دریافت خسارت در برابر عدم انجام تعهد طرف دیگر است که از الزام وی سودی ننموده باشد که در این صورت میان فسخ قرارداد و یا دریافت خسارت آزاد است. گفتنی است در حقوق مصر، اگر الزام متعهد به انجام تعهد منجر به زیان سنگین بر وی شود در حالی که انجام نیافتن تعهد، چنین زینانی بر متعهدله نمی‌زند، تخییر جایی خویش را به صدور حکم به خسارت خواهد داد (سنهوری، ۱۳۷۵، ۲، ۷۸۷-۷۸۵). در حقوق ما، تنها بنیانی که با بهره‌گیری از آن می‌توان به این حکم نزدیک شد، قاعده‌ی منع سوءاستفاده از حق است هرچند کاربست آن در این راستا از سوی رویه‌ی قضایی دور از اندیشه است.

همچنان که در قسمت فسخ خواهیم دید، در فقه اسلامی در زمینه‌ی ضمانت اجرای نقض قرارداد، تنها تخییر یا ترتیب میان الزام یا فسخ مورد بررسی و اختلاف قرار گرفته ولی پیرامون اختیار طرف قرارداد بر حفظ قرارداد و مطالبه‌ی غرامت در برابر انجام نشدن تعهد و یا دیرکرد در انجام آن سخنی به میان نیامده است. به راستی در فقه اسلامی اگرچه

ماده‌ی ۵۳: «چنانچه اتیان به مفاد عقد برای یک طرف امکان‌پذیر نباشد، بدل آن را می‌دهد».

۱. مجله الاحکام العدلیه مجموعه احکام مدنی است که براساس فقه حنفی در ۱۸۵۱ ماده نگاشته شده است.

۲٫۲ نوع زیان قابل جبران

در ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی مصر^۱ از زیان اٲکا (زیان برخاسته از تحمّل هزینه به اعتبار نقض تعهّد طرف دیگر) و زیان متوقّع (زیان از دست‌دادن نفعی که از انجام تعهّد بدست می‌آید) به عنوان دو گونه زیان قابل جبران در برابر نقض تعهّد یاد شده است.

در حقوق ایران، اگرچه ماده‌ی ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین (مصوب ۱۳۱۸)^۲ نیز به همین راه رفته بود ولی در قانون نوین (مصوب ۱۳۷۹) با آنکه از ماده‌ی ۳۵۱۵ جبران هر دو زیان را می‌توان برداشت کرد ولی این ظهور پیرامون زیان متوقّع را تبصره‌ی دوم^۴ با جبران‌ناپذیر خواندن عدم‌النفع از میان می‌برد. با وجود این، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ که چند ماه پیش از قانون آیین دادرسی مدنی به تصویب رسیده بود، در بند دوم ماده‌ی ۹،^۵ منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌دانست به گونه‌ای که برخورد میان این نصوص مایه‌ی پیدایش اختلاف‌هایی میان حقوقدانان و رویه‌ی دادگاه‌ها شده بود؛ همچنان که در دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۸۶۷۱۴۰۰۲۲۱۰۰۹۹۷۰۹۳۰ صادر شده از شعبه‌ی ۱۸۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران آمده است: «در خصوص دعوی... به خواسته‌ی الزام خوانده به انجام تعهّد و مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهّد و دادرسی که وکلای خواهان مدّعی هستند خوانده، متعهّد به چاپ و نشر ۱۳ عنوان کتاب آرایشی و

که در این فرض، غرامت متصوّر مثل عین یا منفعت تلف شده خواهد بود (محمّدحبيب، ۲۰۰۴، ۱۶۲-۱۶۳). در همین راستا، نگاهی به برخی پرسش و پاسخ‌ها پیرامون مسئله‌ی خسارت تأخیر تادیه نشان از ناملموسی این نهاد در اندیشه‌های فقهی دارد (لجنه الفتوی بالشبکه الإسلامیه، ۱۴۳۰، ۱۰۸۷۱).

با وجود همه‌ی این‌ها، به باور ما برجسته‌ترین دلیل برای عدم بررسی جبران خسارت قراردادی در فقه اسلامی، عدم پیچیدگی اجرائی بسیاری از تعهّدات در کنار ارائه‌ی شیوه‌های مستقیم و نامستقیم اجرائی گوناگون برای حاکم شرع همچون حبس متعهّد، واداشتن او به کسب‌وکار و کیفرهای بدنی همچون شلاق است. چنین رویکردی در فقه اسلامی و حقوق ایران سبب شده است که بر روی شیوه‌های انجام عین تعهّد تمرکز شود به گونه‌ای که در نتیجه‌ی کاربست این روش‌ها در بسیاری از موارد، تعهّد انجام یافته، نوبت به گفتگو از شیوه‌های جانشین نمی‌رسد مگر آنکه موضوع تعهّد امری عینی بوده که با تقصیر متعهّد از میان رفته باشد که در این حالت، پرداخت خسارت در جامه‌ی تحویل مثل یا قیمت آن نمود یافته است. از اینجا به خوبی بر می‌آید که تا انجام عین تعهّد ممکن باشد، نوبت به پیدایش حقّ خسارت در برابر عدم انجام تعهّد نمی‌رسد.

از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت‌المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید...».

۴. «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تادیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می‌باشد».

۵. «... ضرر و زیان قابل مطالبه به شرح ذیل می‌باشد: ۱ - ضرر و زیان‌های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است. ۲ - منافع که ممکن‌الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود».

۱. «هرگاه جبران خسارت در عقد معین نشده و قانون نیز بدان تصریح نکرده باشد قاضی مقدار آن را مشتمل بر خسارتی که به طلبکار رسیده و منافی که از دست داده است مشخص می‌نماید به شرط اینکه زیان‌های مذکور نتیجه متعارف عدم ایفاء تعهد یا تأخیر در انجام تعهد از سوی متعهد باشد؛ ملاک متعارف بودن ضرر آن است که در توان متعده‌له نباشد که با کوشش معقول از آن زیان‌ها پیشگیری کند».

۲. «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که انجام تعهد حاصل می‌شده است».

۳. «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به‌طور مستقل جبران خسارات ناشی



۲،۳ شرایط سزاواری برای دریافت

خسارت

عدالت و انصاف دستور می‌دهد که تنها کسی که تعهد خویش را نقض نکرده بتواند جبران زیان برخاسته از نقض تعهد طرف دیگر را بخواهد. رویه‌ی دادگاه‌های ایران نسبت به این شرط رویکردی روشن دارد؛ همچنان که در دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۳۰۱۹۲ مورخ ۹۳/۲/۳۰ صادر شده از شعبه‌ی پنجم دادگاه عمومی حقوقی اسلام‌شهر آمده است: «در خصوص خواسته‌ی مطالبه‌ی خسارت قراردادی، نظر به مفاد قرارداد طرفین که حکایت از تعهدات متقابل طرفین دارد و اینکه در مطالبه‌ی خسارت قراردادی علاوه بر احراز تخلف خوانده، انجام تعهدات متقابل از جانب مدعی نیز باید احراز گردد که خواهان دلیلی بر انجام تعهدات قراردادی متقابل ارائه ننموده است، لذا... مستنداً به مواد ۱۹۴-۱۹۷ قانون مذکور حکم بر بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید».

افزون بر این، پیرو ماده‌ی ۲۱۸ قانون مدنی مصر^۲ ارائه‌ی هشدار به متعهد در راستای برقراری جبران خسارت الزامی است زیرا از یک طرف هنگامی که زمان انجام تعهد فرا رسیده ولی متعهدله انجام آن را از بدهکار نمی‌خواهد، گویا انجام نیافتن تعهد در سررسید آن زبانی به وی نرسانده و از طرف دیگر، می‌توان این‌گونه قلمداد نمود که متعهدله به طور ضمنی به تمديد مهلت انجام تعهد رضایت داده است. در برابر، قوانین ایران دربردارنده چنین قیدی نیست. با این وجود از ماده‌ی ۲۲۶ قانون مدنی^۳ برمی‌آید که در فرض تعیین مدت معین نیازی به مطالبه نیست زیرا متعهد به طور پیشاپیش بر این امر آگاه است که انجام تعهد در سررسید تعیین شده، مورد خواست طرف دیگر است. همچنین،

پیرایشی بوده است و از تعهدات خود استنکاف ورزیده است. خوانده‌ی دعوا که به شرح صورت جلسه‌ی مورخ ۹۲/۰۵/۰۶ خود را مسئول انتشارات اعلام نموده، اظهار داشته بر اساس قرارداد تعهد انجام شده و فقط دو سوم قرارداد مانده است. علی‌هذا دادگاه دعوی خواهان را وارد دانسته، خوانده و مسئول انتشارات را ملزم به انجام تعهد مبنی بر چاپ و نشر ۱۳ عنوان کتاب مطابق قرارداد و تحویل آن به خواهان محکوم می‌نماید». این دادنامه در شعبه‌ی ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان بدین‌گونه شکسته شد: «... بر استنباط محکمه‌ی نخستین در این قسمت خدشه و اشکال وارد است زیرا این خسارت بر مبنای نظریه‌ی هیات کارشناسی که در بند ج اظهار داشته‌اند: مؤلف با فروش کتاب‌هایش برای هر صفحه می‌توانسته معادل... ریال سود کسب کند و با فروش ۴۰۰ نسخه از کتاب‌ها رقمی معادل... ریال نصیب وی می‌شده، منطبق بر عنوان عدم‌النفع بوده که مطابق ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی قابلیت مطالبه ندارد...».

ماده‌ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ نیز اگرچه به همان راه قانون پیشین رفته است ولی در تبصره‌ی دوم مقرر نموده است: «منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید...». با این همه، به نظر ما تقویت منفعت محقق‌الحصول، ضرر قلمداد شده و باید جبران شود در حالی که خسارت عدم‌النفع احتمالی، غیرقابل مطالبه است. علت این امر آن است که از دست دادن نفع، زیان به شمار نرفته تا قابل جبران باشد.

۳. «در مورد عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد (...).»

۱. «شاکمی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند».

۲. «جبران خسارت تنها پس از هشدار به بدهکار امکان‌پذیر است، مگر اینکه بر غیر این صورت توافق شود».

حالی که دیگران آن را انکار نموده‌اند (باریکلو، ۱۳۹۲، ۸۵). به نظر می‌رسد طرفین قرارداد همچنان که بهره‌های احتمالی ناشی از اجرای قرارداد را پیش‌بینی می‌نمایند، زیان‌های برخاسته از آن را نیز پیش‌بینی کرده و نسبت به چنین بهره و زیانی، خود را سزاوار و پاسخگو می‌دانند. در حقیقت قابلیت پیش‌بینی زیان در مسئولیت قراردادی را می‌توان از ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی ایران^۴ برداشت کرد زیرا پیرو این ماده، شرط سزاواری بستانکار برای دریافت خسارت در برابر نقض قرارداد، وجود توافق یا دلالت عرفی پیرامون آن است. بنابراین از نگاه قانونگذار، زیانی در مقابل نقض پیمان قابل جبران است که طرفین هنگام قرارداد، آشکارا آن را پیش‌بینی نموده و یا این حق به لحاظ دلالت عرف به مانند پیش‌بینی در قرارداد باشد.

سرانجام در حقوق مصر، تقصیر قراردادی همان انجام نشدن تعهد است زیرا در قانون مدنی این کشور، نامی از این رکن برده نشده بلکه با صرف انجام نشدن تعهد، مسئولیت قراردادی پدیدآمده پنداشته شده است (ماده‌ی ۲۱۵). دکتترین حقوقی^۵ و رویه‌ی قضایی این کشور نیز آشکارا، انجام نشدن تعهد را به مانند تقصیر قراردادی دانسته و همین که

ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ پیرامون زیان تاخیر تادیه، مطالبه‌ی بستانکار را جزء ارکان سزاواری وی دانسته است. البته برخلاف حقوق مصر نیازی نیست که مطالبه به طور رسمی باشد. در برابر در زمینه‌ی اسناد تجاری، وخواست عدم پرداخت دارای کارکردی همسان با هشدار رسمی در حقوق مصر است.

پیرامون رابطه‌ی سببیت، طبق ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی مصر^۲ زیان باید به طور مستقیم از نقض تعهد برخاسته و نیز قابل پیش‌بینی باشد. البته پیرو مفهوم بند دوم این ماده، اگر متعهد تقلب و یا تقصیر سنگینی انجام داده باشد، حتی در برابر زیان پیش‌بینی‌ناپذیر پاسخگو خواهد بود. در برابر از نگاه حقوق ایران، اگرچه ماده‌ی ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی^۳ به لزوم مستقیم بودن زیان در مسئولیت قراردادی تصریح دارد ولی پیرامون قابلیت پیش‌بینی زیان مسکوت است. به راستی در حقوق ما نه تنها در مسئولیت قراردادی بلکه در مسئولیت برون - قراردادی نیز سخنی از این رکن نیامده است. از این رو، پاره‌ای از نویسندگان با بهره‌گیری از برخی مقررات و انصاف به ضرورت جبران زیان پیش‌بینی-پذیر تصریح نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۹۷) در

۳. «درخصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیراین صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد کرد».

۴. «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این که جبران خسارت، تصریح شده و تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد».

۵. یکی از حقوقدانان بنام مصری (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۳۸) دراین باره بیان نموده است: «برخلاف آنچه معمول است، گفته نمی‌شود که تقصیر قراردادی از طرف متعهد مفروض بوده بلکه انجام نشدن تعهد به منزله‌ی خود تقصیر است».

۱. «در دعوایی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند».

۲. «هرگاه جبران خسارت در عقد معین نشده و قانون نیز بدان تصریح نکرده باشد قاضی مقدار آن را مشتمل بر خسارتی که به طلبکار رسیده و منافی که از دست داده است مشخص می‌نماید به شرط اینکه زیان‌های مذکور نتیجه متعارف عدم ایفاء تعهد یا تاخیر در انجام تعهد از سوی متعهد باشد؛ ملاک متعارف بودن ضرر آن است که در توان متعدهله نباشد که با کوشش معقول از آن زیان‌ها پیشگیری کند».



ایران، اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی^۱ مقتضی آن است که ناقض تعهد در صورت درخواست طرف دیگر، وجه التزام را پرداخت نماید هرچند هیچ خسارتی به آن طرف وارد نشده باشد.

این نکته نیز قابل ذکر است که امکان کاهش مبلغ وجه التزام برپایه‌ی میزان خسارت واقعی در حقوق مصر وجود دارد؛ چنانچه بند دوم ماده ۲۲۴ قانون مدنی این کشور مقرر نموده است: «هرگاه متعهد نشان دهد که مبلغ تعیین شده بسیار مبالغه‌آمیز و گزاف بوده یا این‌که بخشی از تعهد انجام یافته است، دادرس می‌تواند مبلغ شرط را کاهش دهد». البته پیرو ماده‌ی ۲۱۵ همان قانون^۲ در صورتی که خسارت وارده بیشتر از مبلغ توافق شده باشد، امکان افزایش وجه التزام وجود ندارد زیرا با توافق نسبت به اندازه‌ی خسارت، گویا متعهدله از مسئولیت متعهد کاسته است. با وجود این، اگر زیان وارده برخاسته از تقلب یا خطای سنگین متعهد باشد، دادرس به مبلغ شرط خواهد افزود تا برابر با زیان واقعی شود چه اینکه در چنین حالتی، مبلغ توافق شده از نگاه قانونگذار ارزشی نداشته و در نتیجه دادرس به تعیین اندازه زیان وارده بر متعهدله خواهد پرداخت (سنه‌وری، ۱۹۵۲م، ۱، ۸۲۰). با این حال در حقوق ایران، هم‌هی آنچه در حقوق مصر پیرامون چنین توافقی مورد گفتگوست، پیرامون یک ماده یعنی ۲۳۰ قانون مدنی جریان دارد به‌گونه‌ای که چیستی و پیامدهای چنین توافقی یکی از پربحث‌ترین موضوعات حقوقی پیرامون مسئولیت قراردادی بوده است. روی هم رفته، بسیاری از حقوقدانان نامور (امامی، ۱۳۷۰، ۱، ۲۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴، ۲۴۳؛ شهیدی، ۱۳۹۱، ۲۰۱) بر اعمال مطلق مفاد این ماده و ناممکن بودن کاهش یا افزایش مبلغ وجه التزام به دلیل جریان اصل حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم نظر داده‌اند. در نتیجه،

متعهد، تعهد خویش را انجام ندهد (به عمد یا کوتاهی) حتی اگر به راستی تقصیری را نتوان به وی نسبت داد، تقصیر قراردادی را مستقر دانسته‌اند؛ رویکردی که به باور برخی از نویسندگان، مایه‌ی همسانی مفهوم تقصیر قراردادی در حقوق این کشور با مفهوم «نقض قرارداد» در حقوق کامن‌لا شده است (شلقانی، ۱۹۷۰م، ۶۱۸). در حقوق ایران نیز با وجود سکوت قانون مدنی، دکترین حقوقی و رویه‌ی قضایی به همین راه رفته و تقصیر قراردادی را همان انجام نیافتن تعهد دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۳، ۱۷۴). سرانجام، روشن است که میان تقصیر قراردادی و زیان پدید آمده باید رابطه سببیت نیز باشد (در حقوق مصر، ماده‌ی ۲۱۵ قانون مدنی و در حقوق ایران، ماده‌ی ۲۲۹ قانون مدنی).

۲،۴ توافق پیرامون خسارت

ممکن است طرفین از همان آغاز پیرامون میزان خسارت قابل پرداخت توافق نمایند که در حقوق بدان وجه التزام، شرط کیفری، شرط جریمه مالی و یا شرط خسارت پیش‌بینی شده گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۵، ۳۷۴). البته هرچند چنین خسارتی قراردادی است ولی اگر منظور از آن پیش‌برآوردی از میزان خساراتی باشد که در آینده نسبت بدان باید حکم داده شود، در این صورت سبب سزاواری متعهدله ورود زیان به وی است نه صرف توافق. بر همین مبنا در حقوق مصر، چنانچه از انجام نشدن تعهد یا دیرکرد در انجام آن، زیانی به متعهدله نرسد، وی سزاوار چنین خسارتی نیست زیرا زیانی رخ نداده تا نوبت به اجرای مفاد توافق رسد (سنه‌وری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۸۰۰). از همین روی است که در بند نخست ماده‌ی ۲۲۴ قانون مدنی این کشور آمده است: «هرگاه متعهد نشان دهد که هیچ زیانی به بستانکار نرسیده است، خسارت تعیین شده برپایه‌ی توافق مطالبه‌شدنی نیست». اما در حقوق

۱. «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند».

۲. «چنانچه زیان واقعی بیشتر از مبلغ وجه التزام باشد، متعهدله نمی‌تواند مبلغ بیشتر را مطالبه کند مگر اینکه ثابت کند متعهد مرتکب غش یا خطای سنگینی شده است».

۱۳۹۰/۱/۲۰... نظر به این که تعیین وجه به عنوان خسارت عدم پرداخت بدهی از مصادیق ربا می باشد و مستند دعوی از حیث مذکور مفید ربوی بودن خسارت مقرر می باشد، لذا حکم به بطلان آن صادر می گردد...». دیدگاه دیگر این است که چنین توافقی پیرو بخش پایانی ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ معتبر است همچنان که در دادنامه شماره ۴۳ دادگاه تجدیدنظر در جایگاه رسیدگی به دادنامه بالا صادر شده است، آمده است: «... در حالی که خسارت عدم پرداخت بدهی در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی و مجاز شناخته شده و عنوان قانونی آن خسارت تأخیر تأدیه می باشد که در صورت عدم توافق، طبق شاخص بانک مرکزی محاسبه می شود و در صورت توافق با توجه به جمله پایانی این ماده، طرفین به نحو دیگر مصالحه و توافق نموده اند. بنابراین، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده فوق الذکر این خسارت قابل مطالبه است». این برداشت درست نیست زیرا قانونگذار در ماده مورد بررسی از واژه «مصالحه» بهره گرفته است و در عرف حقوقی، مصالحه به حالتی می نگرد که اختلافی - که همین دعوی مطالبه - ی خسارت دیرپرداخت است - پیرامون این حق یا میزان خسارت مطرح شده و سپس طرفین پیرامون آن سازش نمایند. از این روی، نه تنها از این ماده نمی توان مجاز بودن چنین توافقی را برداشت کرد بلکه درست خلاف آن قابل برداشت است. با وجود این، رای وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور،^۲ با پذیرش رویکرد نخست به این اختلاف پایان داد.

تعیین می گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند».

۲. «تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون

چنانچه میزان خسارت چندین برابر زیان واقعی و یا بسیار بیشتر از ارزش اصل تعهد باشد و یا اینکه بسیار کمتر از زیان واقعی باشد، دادرس اختیار تعدیل آن را نخواهد داشت.

در فقه امامیه، برخی از نویسندگان (تسخیری، ۱۳۸۲، ۷۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ۱۶۷) بر پایه روایات صحیح السند و قاعده «المومنون عند شروطهم» مشکلی برای درستی و اجرای ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی ندیده اند ولی برخی دیگر از اندیشمندان بنام (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۵۲۰) با وجود پذیرش این دیدگاه بر این باورند که در فرضی که بر متعهدله خسارتی نرفته و یا بسیار ناچیز باشد، دریافت خسارت توافق شده با عدل و انصاف ناسازگار بوده و مهم تر از آن، این شرط از مصادیق شرط خلاف اخلاق حسنه و به نوعی اکل مال به باطل شمرده می شود. با این وجود، در فقه عامه دریافت خسارت به هر میزانی و به طور مطلق درست دانسته شده است (لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، ۱۴۳۰ق، ۶۹۸۸).

گفتنی است پیرامون نظر مشهور حقوقی، پیش بینی خسارت تأخیر تأدیه در جایی که موضوع تعهد پول است نیز مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی بوده و ایرادی، صحت این پیمان را تهدید نمی کند. در برابر در یک نظر می توان گفت که این پیمان به دلیل سرشت ربوی خود بی اعتبار است؛ همچنان که در دادنامه شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران آمده است: «در خصوص دعوی... به خواسته ی مطالبه ی... ریال خسارت روزانه... از تاریخ ۱۳۹۰/۱/۲۰ لغایت ۱۳۹۰/۶/۲۰ به علت عدم پرداخت اصل بدهی مبلغ... ریال مستند به موافقت نامه ی عادی مورخ

۱. «در دعوایی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران



۳ فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهد

برخلاف حق دریافت خسارت که وابسته به حفظ قرارداد، وقوع زیان و وجود رابطه سببیت میان تقصیر و زیان بوده و دست‌کم این حق حتی با وجود الزام طرف به انجام تعهد خویش، مستند به تاخیر در آن قابل تصور است ولی حق فسخ قرارداد، ارتباطی با وقوع زیان نداشته و بستگی به عدم امکان الزام متعهد به انجام تعهد یا بنیادین بودن تعهد نقض شده و یا تعدد اجرا دارد. از این رو، در این قسمت مبنای پیدایش حق فسخ و چگونگی اجرای آن را بررسی خواهیم کرد؛

۳/۱ مبنای حق فسخ

با بررسی حقوق ایران و مصر و قواعد فقه اسلامی می‌توان ایده‌های متفاوتی را در راستای توجیه مبنای حق فسخ در برابر نقض تعهد قراردادی برداشت نمود؛

۳/۱/۱ رویارویی تعهدات

طبق مواد ۱۱۷، ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون مدنی مصر، در قراردادی که پدیدآورنده تعهد برای طرفین است، تعهد هر طرف سبب تعهد طرف دیگر به شمار می‌آید. پس اگر یکی از این تعهدات به انجام نرسد، علتی برای انجام تعهد معلول بر آن برجای نخواهد ماند. به همین جهت برخی نویسندگان حقوقی مصر، امکان فسخ قرارداد را در فرض نقض تعهد بر پایه‌ی همین امر توجیه و آن را طبیعی و عادلانه خوانده‌اند (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۶۹). در این

راستا، حق فسخ در صورت کوتاهی متعهد از انجام تعهدات خویش، فقط در قراردادهایی که برای طرفین، تعهدات دوطرفه داشته باشد اجرا می‌شود؛ زیرا حق فسخ در این صورت مبتنی بر ایده ارتباط متقابل میان تعهدات است و این نظریه در قراردادهایی که فقط یک طرف در آن متعهد است مانند هبه‌ی غیرمعوّض، یا ودیعه قابل اجرا نیست زیرا در این قراردادها، چنانچه متعهد تعهد خود را انجام ندهد، برای طرف مقابل هیچ منفعت و سودی از فسخ وجود ندارد (سنهوری، ۱۹۵۸م، ۶، ۲۱۷).

در حقوق ایران، با آنکه رویارویی تعهدات قراردادی پایه‌گذار پیدایش حق حبس و ضمان معاوضی دانسته شده و نگرش به فلسفه‌ی قرارداد نیز توجیه‌گر آن است ولی دکتترین حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۳، ۲۶۴) و رویه‌ی قضایی، این امر را به عنوان منشا حق فسخ نپذیرفته است زیرا از مواد ۲۳۹، ۳۷۶ و ۴۷۶ قانون مدنی و دیگر مقررات به روشنی برمی‌آید که تنها در فرض ناممکن بودن الزام متعهد به انجام تعهد، چنین حقی متصور خواهد بود.

در فقه امامیه همچون حقوق ایران البته با وجود دیدگاه مخالف^۱، مشهور بر این باور است که قرارداد معاوضی به دلیل نقض تعهد قابل فسخ نبوده و برای متعهدله جز امکان درخواست اجرا، حق دیگری نیست (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹؛ مامقانی، بی‌تا، ۲۳۴) و حتی تا آنجا پیش‌رفته‌اند که در فرض تعدد الزام نیز تنها به دلیل اجماع به حق فسخ باور نموده‌اند.^۲ از این روی، به دشواری می‌توان پذیرفت که با

پیمان در معرض نقض قرار می‌گیرد و قرارداد لازم به جایز دگرگون شده و بنابراین متعهدله می‌تواند آن را برهم‌زند (شهیدثانی، ۱۴۱۲ق، ۳، ۵۰۶).

۲. صاحب جواهر معتقد است که اگر اجماع بر ثبوت خیار فسخ در حال تعدد الزام نبود، ممکن بود قائل شویم به اینکه هرگز حق فسخ ثابت نمی‌شود زیرا اصل، لزوم قراردادهاست و از این اصل چنین برمی‌آید که در زمینه‌ی اختیارات باید به قدر متیقن اکتفاء نماییم (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹).

اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.»

۱. در برابر، برخی از فقها براین باورند که اگر متعهد به تعهد خویش عمل نکند، نمی‌توان او را به انجام تعهد مجبور نمود، زیرا در موارد شک در اصل تکلیف، برائت جاری است و تنها اثر عدم انجام تعهد این است که

دیگر جایی برای حق فسخ باقی نخواهد ماند (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۶، ۷۲)، چنین پاسخ می‌دهند که الزام به اجرای تعهد نمی‌تواند از میان برنده‌ی زیان باشد (خوبی، ۱۳۶۶، ۷، ۳۹۶؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸ق، ۲، ۲۸۱) زیرا با چشم‌پوشی از اتلاف وقت و هزینه، الزام متعهدله برای مراجعه به دادگاه، تکلیف به ماندگاری قرارداد را تبدیل به حکمی ضرری و گاه حرجی می‌کند که با عدالت و انصاف سازگار نیست (خوبی، ۱۴۱۰ق، ۲، ۴۴). برخی دیگر از فقها در راستای پذیرش این دیدگاه گفته‌اند که متعهدله در هنگام بستن قرارداد، تعهد به بقای قرارداد را وابسته به انجام تعهد طرف دیگر کرده است. از این‌رو، اگر وی از انجام تعهد سرباز زند، طرف دیگر تکلیفی ندارد تا به قرارداد پایبند بماند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۱۳۶).

با وجود این، بررسی فتاوی‌ نوین حتی در فقه اهل سنت نشان می‌دهد که فسخ در برابر نقض تعهد هنوز در اندیشه اسلامی جایگاه چندانی ندارد بلکه حتی اگر عدم انجام تعهد زیان سنگینی به طرف دیگر وارد آورد، متعهدله نخست باید الزام متعهد را درخواست نماید و فقط با تعدر الزام می‌توان قرارداد را فسخ نمود. برای نمونه، پیرامون خودداری پیمانکار از ساخت آپارتمانی به جای نبودن فسخ قرارداد جز با عذر شرعی نظر داده‌اند و دلیل آن لزوم قرارداد اجاره و نیز پافشاری اسلام بر انجام تعهد و بایستگی وفای به عهد عنوان شده است (زحیلی، بی‌تا، ۴، ۳۱۶۹).

۳/۱/۲ نقض بنیادین

با توجه به آنچه بیان شد، قاعده این است که نقض تعهد به طرف دیگر حق فسخ نمی‌دهد. با این حال، این‌گونه نیست که طرف قرارداد در هر حال پایبند به هرگونه پیمان‌شکنی باشد بلکه نقض آن تعهد به

صرف نقض تعهد یکی از دو طرف قرارداد، طرف دیگر امکان فسخ آن را بیابد زیرا اگرچه تعهدهای فرعی همچون لزوم سلامت کالا و خودداری از ورود زیان، مبنای پیدایش حق فسخ قرارداد شمرده شده، ولی اینکه تنها با عدم تعهد یکی از دو طرف قرارداد، تعهد دیگر قید خویش را از دست داده و طرف دیگر اختیار برهم‌زدن آن را بدست آورد، به دلیل نبود رابطه میان تعهدهای متقابل در فقه اسلامی ممکن نخواهد بود. افزون بر این، در فقه اسلامی به دلیل پافشاری بر لزوم قرارداد، راهکارهای گوناگونی برای الزام متعهد به انجام تعهد پیش‌بینی شده است که بکار بستن آن‌ها شانس برای امکان فسخ قرارداد در عرض الزام متعهد برجای نمی‌گذارد (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹).

در فقه اهل سنت بنا بر نظر برخی از فقها، در صورت کوتاهی متعهد از انجام تعهدات خویش، متعهدله در انتخاب روش مقابله با نقض قرارداد میان الزام و فسخ مخیر است (جزیری، بی‌تا، ۲، ۲۳۰). از این منظر، در مواردی همچون «خیار نقد»، آشکارا به انفساخ قرارداد در صورت پرداخت نشدن ثمن در مدت ویژه‌ای تصریح شده است. همچنین در برخی از قراردادهای فسخ با نقض قرارداد اشاره شده است همچنان که حنا بله در جایی که مرتهن تعهد خود را نقض می‌نماید، به چنین چیزی باور نموده‌اند.^۲ این دیدگاه دقیقاً مطابق با نظریه‌ی غیرمشهور در فقه امامیه است که معتقد به هم عرض بودن حق فسخ و الزام است (حلی، بی‌تا، ۱، ۴۹۰؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۶۶، ۵، ۲۲۰). این دسته از اندیشمندان در برابر این برداشت که تأخر حق فسخ از حق الزام برخاسته از این امر است که با وجود الزام به اجرای تعهد، زیان متعهدله منتفی شده و

۱. نباشد، این شرط صحیح است که به این امر خیار نقد گفته می‌شود».

۲. وأجاز الحنا بله للراهن فسخ عقد الرهن إذا لم یقم الدائن المرتهن بتنفيذ التزامه (بهوتی‌حنبلی، ۱۴۱۴ق، ۲، ۱۸۷).

۱. در فقه حنفی آمده است که اگر دو طرف قرارداد توافق نموده باشند که ثمن در مدت مشخصی داده شود و این‌گونه نشود، عقد منفسخ می‌گردد. چنین امری در ماده‌ی ۳۱۳ مجله الاحکام العدلیّه نیز آمده است: «اگر بیعی انجام و شرط شود که خریدار در مدت مشخصی ثمن را بدهد و چنانچه ندهد، دیگر بیعی میان آن‌ها



را انجام ندهد، دست‌کم در قیاس با برابری ارزش عوضین، اگر نقض بنیادین‌تر نباشد، کم اهمیت‌تر نخواهد بود و از این روی، باید به طرف دیگر حق فسخ قرارداد را داد و به عکس در جایی که خریدار بخش بسیاری از بدهی خود را پرداخته است، حق فسخی به فروشنده اعطا نمود.

۳،۱،۳ تعذر الزام و احکام خاص

حقیقت آن است که با وجود تلاش‌های گوناگون دکترین حقوقی از جمله توجیحات بالا و دیگر برداشت‌ها همانند استناد به بنای طرفین بر اختیار متعهدله در گزینش میان فسخ یا اجبار متعهد و یا استناد به چالش‌های عملی عدم پذیرش این اختیار (صفایی و همکار، ۱۳۸۹، ۶۰-۵۴)، باید پذیرفت که در حقوق و فقه اسلامی، حق فسخ در برابر نقض تعهد یا برخاسته از قاعده‌ی تعذر الزام متعهد به انجام تعهد خویش است و یا ناشی از اوصاف اساسی انحصاری موضوع قرارداد (همچون عیب و غبن) و یا نشات گرفته از سنت حقوقی همچون خیار تاخیر ثمن.

۳،۲ شرایط فسخ

۳،۲،۱ درخواست از طرف غیرناقص

در حقوق مصر با وجود سکوت قانون، برخی از نویسندگان (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۸۱) گفته‌اند که خواستار فسخ نباید خود نیز ناقص تعهد باشد زیرا منصفانه نیست کسی که تعهد خویش را انجام نداده است، به دلیل انجام نشدن تعهد مقابل، درخواست فسخ آن را پیش کشد. قانون مدنی و دکترین حقوقی ایران در این زمینه چیزی دربر ندارند ولی نگرش به رویکرد دادگاه‌ها تردیدی در لزوم این امر برجای نخواهد گذاشت؛ همچنان که در دادنامه-ی نخستین به شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۷۹۱ صادر شده از شعبه‌ی پنجم دادگاه عمومی حقوقی اسلام‌شهر آمده است: «در خصوص خواسته مطالبه‌ی خسارت قراردادی، نظر به مفاد قرارداد طرفین که حکایت از تعهدات متقابل طرفین دارد و اینکه در مطالبه‌ی خسارت قراردادی علاوه بر احراز

طرف دیگر اختیار فسخ قرارداد را می‌دهد البته در صورتی که بخش انجام نیافته، قید قرارداد بوده و یا عدم انجام تعهد به نحوی باشد که طرف دیگر را از حاصل اجرای آن محروم نماید. همچنان که شماری از نویسندگان حقوقی این تئوری را پذیرفته‌اند (صادقی‌نشاط، ۱۳۸۸، ۳۰۷)، این رویکرد هم در فقه امامی به عنوان سنت حقوقی ما و هم در قانون مدنی دیده می‌شود چه اینکه مشهور فقها و قانونگذار به صرف نقض تعهد، به طرف دیگر حق فسخ قرارداد را نبخشیده‌اند بلکه اختصاص گفتاری به خیارات و گفتگو از خیاراتی چون عیب و غبن، گویای نگرش فقه و قانون به جنبه‌های بنیادینی از قرارداد همچون سلامت کالا و یا برابری در ارزش عوضین است. تلاش برای برداشت حکمی به خلاف این، با استناد به مبحث شروط ضمن عقد در نوشتارهای فقهی و یا مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی با این مشکل روبروست که پیرو دیدگاه فقهی و قانونی، صرف نقض تعهد برای طرف دیگر حق فسخ پدید نخواهد آورد.

با این حال، مشکلی که این دیدگاه با آن روبروست، آن است که آیا از دید حقوق و فقه اسلامی ما، این مبنا تنها دربرگیرنده‌ی سلامت کالا (عیب)، برابری ارزش دو عوض (غبن)، رعایت حسن-تیت (تدلیس) و پاسداری از یکپارچگی قرارداد (تبعض صفقه) می‌شود و یا اینکه دیگر موارد همچون عدم انجام تعهد با وجود گذر زمان بسیار از سررسید و یا انجام ناقص تعهد را نیز دربرمی‌گیرد؟ به دیگر سخن، پرسش بنیادین این است که خیاراتی که با پیمان‌شکنی ارتباط دارند، جنبه‌ی حصری داشته و یا اینکه می‌توان از آن‌ها قاعده‌ای برداشت نمود؟ در پاسخ باید گفت که از یک طرف، تردیدی نیست که صرف انجام ندادن تعهد را نمی‌توان به معنای نقض بنیادین بدانیم، آن‌گونه که در تئوری رویارویی تعهدات از آن گفتگو می‌شود و از طرف دیگر، مرز میان بنیادین بودن یا نبودن تعهد نقض شده نیز روشن نیست. برای نمونه، اگر متعهد بخش قابل توجهی از تعهد خویش برای ساخت آپارتمانی

بوده و اوست که باید میان انجام تعهد و چشم‌پوشی از آن یکی را برگزیند». به هر روی، قانونگذار مصری بسته به مورد به دادرسی اختیار اعطای شانس دوباره برای انجام تعهد را داده است و حقوقدانان نامور این کشور (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۸۱) بر این باورند که اگر دادگاه عمد یا کوتاهی متعهد را در عدم انجام تعهد احراز کند، بدون اعطای چنین مهلتی حکم به فسخ خواهد داد. سرانجام در گام پایانی، حکم دادگاه، قرارداد را نه از هنگام صدور بلکه از هنگام پیدایش برهم‌زده یعنی اثر قهری خواهد داشت.

در حقوق ایران، با چشم‌پوشی از مسئله‌ی وجود یا نبود حق فسخ به دلیل عدم انجام تعهد جز در مواردی که از سوی طرفین و یا قانون تصریح شده است، لزومی برای ارائه اخطار و یا هشدار به ناقض تعهد جهت بهره‌مندی از حقوق وجود ندارد. البته این امر را نباید با مفهوم «مطالبه یا درخواست انجام تعهد به طور کلی» یکی دانست یعنی مفهوم هشدار و مطالبه همیشه همپوشانی ندارد چرا که در فرض حال بودن یا وجود سررسید مشخص برای انجام تعهد، فرض این است که بستانکار پیشاپیش انجام تعهد را بی‌درنگ و یا در سررسید درخواست نموده در حالی که در حقوق مصر، حتی در این موارد نیز ارائه‌ی هشدار الزامی است. در زمینه‌ی حق فسخ نیز اجرای چنین حقی نیازی به نقش‌آفرینی دادگاه ندارد. فسخ نیز پس از پیدایش تنها در آینده کارساز خواهد بود؛ به دیگر سخن، اصولاً اثر فسخ نسبت به آینده است. در فقه اسلامی، ابوحنیفه با استناد به احتمال رفتن زیان به طرف ناآگاه از فسخ اعمال‌شده به لزوم آگاهی وی درباره شرط خیار نظر داده است (ابن‌قدمه، ۱۳۸۸ق، ۳، ۵۰۳) ولی در هر حال این امر پیوندی با لزوم ارائه هشدار برای انجام تعهد نخواهد داشت.

۴ نتیجه‌گیری

در فقه اسلامی و حقوق ایران به دلیل پافشاری شارع مقدس و قانونگذار حکیم بر وفای به تعهدات، چنانچه قرارداد درست و لازم باشد، انجام آن بایسته

تخلّف خوانده، انجام تعهدات متقابل از جانب مدعی نیز باید احراز گردد که خواهان دلیلی بر انجام تعهدات قراردادی متقابل ارائه ننموده است، لذا دعوی خواهان را غیر ثابت تشخیص مستنداً به مواد ۱۹۷-۱۹۴ قانون مذکور حکم بر بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید» و یا در دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۰۹۶۶ صادر شده از شعبه‌ی ۱۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران بیان شده است: «نسبت به وجه التزام قراردادی، نظر به اینکه تعهدات قراردادی متعاملین در مقابل یکدیگر بوده و متعهدله در صورتی استحقاق دریافت وجه‌التزام آن را دارد که خود در مهلت‌های مقرر به اجرای تعهدات متقابل آن اقدام نموده باشد و الاً موجبی برای محکومیت متعهد به پرداخت وجه‌التزام فراهم نیست. لذا به استناد ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی حکم به بیحقی خواهان صادر و اعلام می‌دارد».

گفتنی است چون در فقه اسلامی، وجود حق فسخ در فرض انجام نشدن تعهد مورد تردید است، در نوشته‌های فقها چیزی درباره‌ی انحصار فسخ برای غیرناقض دیده نمی‌شود.

۳،۲،۲ ارائه‌ی هشدار به متعهد برای انجام تعهد

در حقوق مصر، مگر در صورت بودن شرط مخالف، خواستار فسخ در نخستین گام باید به طرف دیگر هشدار برای انجام تعهد بفرستد (مواد ۱۵۷ و ۲۱۸ قانون مدنی). در گام دوم، فسخ وابسته به صدور حکم دادگاه است. همچنین به نظر برخی از حقوقدانان نامور این کشور (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۹۱)، چون همواره انجام تعهد برای متعهدله ارزشمندتر از فسخ آن است، فسخ قرارداد جز با خواست وی پدیدار نخواهد گشت. پس، وی آزاد است که میان فسخ قرارداد یا انجام تعهد یکی را برگزیند. همچنان که در رای‌ی آمده است «اینکه با صرف نپرداختن اجاره بها از طرف مستاجر، قرارداد به خودی خود فسخ شود، همچون این است که قرارداد به صورت قانونی و قهری با پرداخت نشدن کرایه فسخ شود در حالی که فسخ قرارداد حق موجر



استثنایی است. در برابر در حقوق مصر، الزام متعهد به اجرای عین تعهد قراردادی در کنار فسخ یا خسارت، امکان‌پذیر است.

در حقوق مصر در راستای سزاواری نسبت به خسارت، ارائه‌ی هشدار، ورود زیان و رابطه سببیت میان زیان و نقض تعهد، الزامی است و پیرو قانون مدنی این کشور، صرف انجام نیافتن تعهد به مانند تقصیر است. این شرایط در حقوق ما نیز هست با این تفاوت که به جز در مورد زیان دیرپرداخت، از مقررات، الزامی برای ارائه هشدار انجام تعهد به متعهد برداشت نمی‌شود. همچنین در حقوق مصر، فسخ قرارداد به دنبال نقض تعهد نیازمند ارائه‌ی هشدار انجام تعهد به ناقض و برپایی دعوا در دادگاه دارد در حالی که به عنوان قاعده، در حقوق ما و فقه اسلامی چنین ضرورتی دیده نمی‌شود.

است. بنابراین اگر یکی از آنان آزادانه به تعهد خویش عمل نکند به انجام آن الزام خواهد شد. چنین رویکردی در فقه اسلامی و حقوق ایران سبب شده است که بر روی شیوه‌های انجام عین تعهد تمرکز شود. بدین‌سان و به‌ویژه در فقه اسلامی کوشش بر این است که با بهره‌گیری از ابزارهای گوناگون، خواه از اقدام مستقیم اجرایی تا زندانی کردن متعهد، تعهد به انجام رسد. از اینجا به خوبی بر می‌آید که تا انجام عین تعهد ممکن باشد، نوبت به پیدایش حق خسارت در برابر عدم انجام تعهد و یا فسخ قرارداد نمی‌رسد. از این روی، باید از این دیدگاه دست شست که صرف نقض تعهد، موجب حق فسخ برای طرف دیگر می‌شود. همچنین، لزوم اساسی یا بنیادین بودن نقضی که پدیدآورنده‌ی چنین حقی است، نیز با ابهاماتی روبروست. در نتیجه، تئوری پذیرفتنی، نظریه‌ی حق فسخ برخاسته از تعدد در الزام متعهد همراه با احکام خاص و



References

- Al-Fatwa Al-Islamiya Network (2018), **Al-Shabka Al-Islamia fatwa**, Qatar: Al-Shabka Al-Islamiya Fatwa Center.
- Amkhan, A. (1994) "The Effect of Change in Circumstances in Arab Contract Law", **Arab Law Quarterly**, Vol.9, No.3, 258-275, 1994.
- Amkhan, A. (1995) "Termination for Breach in Arab Contract Law", **Arab Law Quarterly**, Vol. 10, No.1: 17-30.
- Ansari, M. (1999), **Al-Makaseb**, Vol.6, Qom: Al-Fikr Islamic Group.
- Bariklou, A.R. (2012), **Civil Liability**, Tehran: Mizan Publishing Co. (In Persian)
- Bekir, S. (1989) "Al-Ta'vidh in Islamic Jurisprudence", **Al-Azhar Journal**, Vol. Al-Ashron, No. 7.
- Gurji, A. (1993), **Legal Articles**, Vol.1, Tehran: University of Tehran Publishing Co. (In Persian)
- Hali, H.Y, **Tazkira al-Foqaha**, Vol.1, Mashhad: Al-Mortazawieh School.
- Hosseini-Aamili, M.J. (1997), **Miftah Al-Karamah**, Vol.2, Beirut: Dar Al- Ihya Al-Tarath Al-Arabi.
- Ibn Qudama, M.D. (1968), **Al-Mughni**, Vol.3, Egypt: Al-Muqabah Al-Cairo.
- Imami, S.H. (1991), **Civil Law**, Vol.1, Tehran: Islamiya Bookstore. (In Persian)
- Jafari-Langroudi, M.J. (1999), **Expanded in Legal Terminology**, Vol.5, Tehran: Ganj-e- Danesh Publishing Co. (In Persian)
- Jaziri, A, **Jurisprudence on Four Religions**, Vol.2, Beirut: Dar al-Fikr.
- Kasani, A. (1982), **Bada'i al-Sana'i in Tartib al-Shari'a**, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
- Katouzian, N. (1997), **General Rules of Contracts: Performance of Contract**, Vol.4, Tehran: Enteshar Co. (In Persian)
- Katouzian, N. (1999), **Tort**, Tehran: University of Tehran Publishing Co. (In Persian)
- Katouzian, N. (2009), **General Rules of Contracts: Effects of Contract**, Vol.3, Tehran: Enteshar Co. (In Persian)
- Katouzian, N. (2013), **General Rules of Contracts: Termination of Contracts**, Vol.5, Tehran: Enteshar Co. (In Persian)
- Khatib-Sharbini-, M.H. (1957), **Mughni Al-Muthaghat**, Egypt: Mustafa Al-Babi Al-Halabi.
- Khoei, A. (1987), **Misbah al-Faqaha**, Vol.7, Najaf: Hajiani.
- Khoei, A.Q. (1989), **Minhaj-al-Salehin**, Qom: Medina-al-Alam.
- Mamqani, M.H.A, **Ghayat al-Amal fi Sharh al-Makasab and al-Bay'e**, Vol.3, Qom: Al-Zakhir al-Salamiyyah.
- Mohagheq Damad, S.M. (2008), **General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law**, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (In Persian)
- Mohammadhabib, A.j. (2004), **Specific Performance for Contractual Obligations**, Beirut: Dar al-Fikr al-Jamaei.



- Mousavi Khomeini, R. (1987), **Kitab Al-Bai'e**, Vol. 5, Qom: Ismailian Publishing.
- Najafi, M.H. (1945), **Javahir Al-Kalam**, Vol.23, Tehran: Al-Kotob Al-Islamiyeh Center. (In Persian)
- Naraghi, A. (1996), **Awaid Al-Ayyam**, Qom: Islamic Publishing Center. (In Persian)
- Sadeghi Nishat, A. (2009) Termination of Contracts with Possibility of Enforcement in Iranian law", **Private Law Studies Quarterly**, Vol.39, No.4: 297-314. (In Persian)
- Safaei, S.H. and Olfat, N. (2010) "Specific Performance and its Priority over Avoidance", **Two Quarterly Journal of Comparative Law**, No.2: 43-62. (In Persian)
- Sanhoury, A.R. (1955), **al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadeed**, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tarath al-Arabi.
- Sanhoury, A.R. (1952), **Al-Wasit fi Sharh al-Qunun al-Madani al-Jadeed**, Vol.1, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tarath al-Arabi.
- Sanhoury, A.R. (1958), **Sources of Truth in Islamic Jurisprudence**, Vol. 6, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tarath al-Arabi.
- Shahid Thani, Z. (1999), **Al-Rawza al-Bahiyyah fi Sharh al-Luma'ah al-Damashqiyya**, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tratah al-Arabi.
- Shahidi, M. (2008), **Discharge of Obligations**, Tehran: Majd Publication Co. (In Persian)
- Shalgani, A.F. (1970) "The Provisions of Damages on the Breach of Contract in England and American Law and the Corresponding Rules in Egyptian Law", **Al-Hukumiyyah Administration Journal**, No. 3.
- Taskhiri, M.A. (2003) "Penalty Clause in Banking without Usury", **Ahl al-Bayt Fiqh Quarterly**, Year 9, No.35.
- Zaheili, W, **Al-Fiqh Al-Islami and Adlata**, Vol.4, Damascus: Dar al-Fikr.