

**ORIGINAL ARTICLE**

**Evaluating the Right of Imprisonment in the Theory of to be Transverse of Performance Guarantee**

**Mostafa Shahbazi<sup>1</sup>, Mahdi Sajadikia<sup>2</sup>**

1. Ph.D. in Private Law from Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

2. Ph.D. Student of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran, Researcher of Judiciary Research Institute.

Correspondence:

Mostafa Shahbazi

Email:

Shahbazi.mostafa@gmail.com

**How to cite**

Shahbazi, M.; Sajadikia, M. (2023). Evaluating the Right of Imprisonment in the Theory of to be Transverse of Performance Guarantee, Civil Law Knowledge, 12 (2), 93-106.

**ABSTRACT**

Transverse theory of performance guarantee as a famous theory based on reasoning and logic along with the longitudinal theory of performance guarantee has been accepted by some legal systems and international documents that the right to terminate the contract arises with the possibility of coercion of the obligee and the basis of its occurrence is It can be any violation or breach of contractual obligations by the obligor. In other words, the violation of the obligation is considered in the general sense, and the refusal to fulfill the obligation in the general sense (i.e. refusal in any form) can also be considered a violation, which creates the right of termination for the obligor. According to the opinions and evidence of some jurists, refusing to fulfill the obligation even in the case of imprisonment of the transaction as a pledge can cause the termination of the contract. This research has been done by library method and descriptive-analytical method by explaining the transverse theory of guarantee of execution in different legal systems, international documents and legal doctrine and analyzing and criticizing the influence of the right of arrest inferred from Article 377. The law examines and studies the existence of performance guarantee in the transverse theory.

**KEYWORDS**

Right of Arrest, The Principle of Urgency in the Implementation of Obligations, The Guarantee of Execution, Termination of Contract, To be Transverse.

نشریه علمی

## دانش حقوق مدنی

«مقاله پژوهشی»

# سنجش کارآمدی حق حبس در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها

مصطفی شهابازی<sup>۱</sup>، مهدی سجادی کیا<sup>۲</sup>

### چکیده

نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها به عنوان نظریه‌ای شناخته شده در مبانی فقهی و حقوقی بیان می‌دارد حق فسخ قرارداد، هم‌عرض، با الزام متعهد به انجام تعهدات بوده و مبنای پیدایش آن می‌تواند هرگونه نقض و یا تخلف نسبت به تعهدات قراردادی باشد. به تعبیری تخلف از انجام تعهد به معنای عدم انجام تعهد را موجد حق فسخ قرارداد برای متعهدله تلقی کردند و این تخلف از انجام تعهد را در معنای عام دانستند که امتناع از انجام تعهد به معنای عام (یعنی امتناع به هر شکلی) نیز می‌تواند از شقوق آن به شمار آید. بنابر نظرات و استدلال‌های متعدد برخی از فقها، امتناع از انجام تعهد، ولو آنکه در مقام حق حبس باشد، نیز می‌تواند موجب فسخ قرارداد شود، چه اینکه انجام تعهد و وفای به عهد در مقابل امتناع و تخلف از انجام تعهد دانسته شده است. به عبارت دیگر، حق حبس مستند به ماده ۳۷۷ قانون مدنی، امتناع از انجام تعهد محسوب شده که دلیلی برای ایجاد خیار فسخ برای متعهدله است. این پژوهش به روش کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی-تحلیلی با تبیین نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها در نظام‌های حقوقی مختلف، اسناد بین‌المللی و دکترین حقوقی، تحلیل و نقد کارایی حق حبس مستنبط از ماده ۳۷۷ قانون مدنی، خصوصاً در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها را مورد بررسی و مطالعه قرار می‌دهد.

### واژه‌های کلیدی

حق حبس، اصل فوری بودن اجرای تعهدات، ضمانت اجرا، فسخ قرارداد، عرضی بودن.

۱. دکترای تخصصی حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.  
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران، پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضائیه.

نویسنده مسئول:

مصطفی شهابازی

رایانامه: Shahbazi.mostafa@gmail.com

استناد به این مقاله:

شهابازی، مصطفی؛ سجادی کیا، مهدی (۱۴۰۲). سنجش کارآمدی حق حبس در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها، دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی، ۱۲ (۲)، ۹۳-۱۰۶.

## مقدمه

نکند. حال باید دید که حق حبس در دیدگاه عرضی بودن ضمانت اجراها آیا می‌تواند کارکردی از خود نشان دهد و قرارداد را به سمت اجرای مفاد آن که خواست طرفین و تجویز قانون است پیش ببرد؟ در این نوشتار برآیندی که حاصل می‌شود آن است که عدم کارکرد حق حبس با آنچه که از ماده ۳۷۷ قانون مدنی توصیف شده مطمح نظر قرار گیرد.

نسبت به پیشینه پژوهش حاضر می‌توان گفت غالباً فقها و حقوقدانان اشاره به شرایط و آثار حق حبس ذیل مبحث قبض و اقباض و کیفیت تسلیم عوضین داشته و این نهاد را به‌عنوان قاعده حقوقی معرفی کرده‌اند و نسبت به ماهیت و کارکرد آن بحث را به تفصیل نکرده‌اند. این تحقیق به تفصیل آثار ناشی از حق حبس را بیان داشته و عدم کارکرد این نهاد وفق ماده ۳۷۷ قانون مدنی در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها را بیان می‌دارد. در این پژوهش ضمن توضیح و تفسیر ماده ۳۷۷ قانون مدنی و آثار آن مطابق نظر مشهور، به حق حبس در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها پرداخته می‌شود که ذیل آن پس از تبیین نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها، آثار این دیدگاه و عدم کارایی حق حبس و آثار استفاده از حق حبس مورد بررسی قرار داده خواهد شد.

## تبیین حق حبس در ماده ۳۷۷ قانون مدنی

اهمیت قراردادهای بین افراد در یک جامعه سبب شده که زمامداران درصد وضع قوانین و اصول متعددی برآیند که موجب استحکام، سرعت و سهولت هر چه بیشتر قراردادها شود. در راستای استحکام، سرعت و سهولت در قراردادها چه قانونگذار و چه طرفین قرارداد متمایل بر آن هستند، هنگامی که قراردادی منعقد می‌شود، تعهدات طرفین قرارداد در صورتی که توافقی بر زمانی خاص نکرده باشند، حال محسوب شود و مطابق اصل فوری بودن اجرای تعهدات که مورد تأکید حقوقدانان (ره پیک، ۱۳۸۷: ۳۴؛ احمدی، ۱۳۷۵: ۲۹۴؛ صفایی، ۱۳۹۸: ۲۰۷؛ گرجی، ۱۳۸۷: ۵۵) و فقها قرار گرفته (شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۰۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷۴)،<sup>۳</sup> طرفین نباید نسبت به اجرای تعهدات خود تعلل نمایند. بنابراین، قانونگذار از تمام ظرفیت خود در تحقق چنین امری می‌کوشد و درخصوص وضع

یکی از بارزترین ارتباطات اجتماعی، ارتباط حقوقی از طریق انعقاد قرارداد است که طرفین قراردادی برای دستیابی به عوض قراردادی و رفع نیاز خود، مبادرت به آن می‌کنند و در این مسیر انتظار آن است که طرفین نسبت به اجرای تعهدات خود اقدام کنند. از همین رو و به جهت برقراری نظم اجتماعی، یکی از ضمانت اجراهایی که در راستای اجرای قرارداد به‌کار گرفته می‌شود، الزام متعهد است که در نظام‌های حقوقی مختلف از جمله، فرانسه،<sup>۱</sup> آلمان،<sup>۲</sup> مصر (سنهوری، ۱۹۹۸: ۷۵۸) و مشخصاً نظام حقوقی ایران (شیروی، ۱۴۰۰: ۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۲۶) مورد اشاره قرار گرفته است. در کنار الزام متعهد به اجرای تعهد، ضمانت اجرای دیگری که در راستای انحلال قرارداد مورد استفاده قرار می‌گیرد، فسخ قرارداد است که می‌تواند ناشی از تخلف متعهد و نقض تعهد توسط او باشد. حال یکی از مباحث اختلافی در فقه و حقوق این است که نحوه استفاده و به‌کارگیری این دو ضمانت اجرا به چه صورت خواهد بود؛ آیا الزام و فسخ قرارداد در طول یکدیگر قرار داده شده‌اند و یا رابطه عرضی دارند که در این باره به تفصیل بحث شده است. برخی قائل بر الزام متعهد به انجام تعهد و برخی قائل بر رابطه عرضی الزام و فسخ قرارداد هستند و بیان داشتند که متعهدله بین این دو ضمانت اجرا مخیر است که در ادامه اجمالاً مطالعه می‌گردد. آنچه که به‌عنوان بحث پیش رو در این پژوهش مورد نظر قرار گرفته این است که کارکرد حق حبس به‌عنوان ضمانت اجرا، مبتنی بر تفسیر مشهور از ماده ۳۷۷، در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها، چه آثاری از خود برجای می‌گذارد؟ به عبارت دیگر، تفسیر مشهور از ماده ۳۷۷ قانون مدنی تحت عنوان مطلق، ذاتی و اولیه بودن حق حبس در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها، چه اثری را بر الزام و فسخ مترتب خواهد کرد؟

حق حبس به‌عنوان ضمانت اجرای قانونی، طبق منطوق ماده ۳۷۷ قانون مدنی، یک حق مطلق و منفی برای طرفین قرارداد محسوب می‌گردد که هریک از طرفین می‌تواند به‌صرف ایجاد قرارداد به آن استناد کرده و از اجرای تعهدات قراردادی استنکاف بورزد. به عبارتی با ایجاد قرارداد معاوضی، به تعداد طرفین قرارداد، حق حبس به‌وجود خواهد آمد که هر یک ابتدا به‌ساکن می‌تواند با استناد به آن تعهدات قراردادی خویش را اجرا

۱. مواد ۱۲۲۱ و ۱۲۱۷ قانون مدنی فرانسه.

۲. بند ۲ ماده ۲۸۶ قانون مدنی آلمان.

۳. شهید اول می‌فرماید: «من باع شیئا بنقد، کان الثمن عاجلا، و إن باعه، و لم یذكر لانقدا و لانسبه، کان الثمن أيضا عاجلا» و مرحوم سبزواری بیان می‌کند: «فقدل علیه إطلاق الأدلة الثلاثة من الكتاب و السنة و الإجماع علی وجوب الوفاء بالبعد بمفاده المطابقی و الالتزامی العقلائی و هذا الوجوب مطلق علی کل منهما و لیس بمشروط بقبض الآخر».

می‌شود که می‌توان گفت این چنین تعبیری مصداق روشنی از نقض غرض است.

### تبیین نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها

قرار گرفتن ضمانت اجراهایی چون الزام و فسخ قرارداد در عرض همدیگر، دارای پشتوانه قوی فقهی و حقوقی بوده که زمینه‌های تفکر آن در قوانین مختلف نیز قابل مشاهده است. در این باره فقها و حقوقدانان نکاتی را بیان داشته و با استناد به ادله مختلف، عرضی بودن ضمانت اجرای الزام متعهد و فسخ قرارداد را تأیید کردند.

#### ۱. بررسی نظریه هم-عرض بودن حق فسخ و اجبار

در حقوق ایران با تاسی از فقه، اولویت با اجرای عین تعهد است که در نهایت این امر، اجبار متعهد متخلف را در پی خواهد داشت.<sup>۲</sup> در همین راستا، عموم «المؤمنون عند شروطهم» و سایر ادله مربوطه، ایجاب می‌کند که طرفین به تعهدات خود پایبند باشند، اما در مواردی ممکن است که طرفین از اجرای تعهدات خود امتناع نمایند. در این حالت جبران‌ها و ابزارهایی در جهت حمایت متعهدله در قرارداد پیش‌بینی شده که یکی از آنها فسخ قرارداد است. علاوه بر مواردی که فسخ با دلالی از جمله غبن، عیب و ... قابل اعمال است، می‌توان خیار فسخ را در جایی که یکی از طرفین قراردادی، تعهد خود را انجام نمی‌دهد، نیز اعمال کرد (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۸) که با تدقیق در رویه قضایی می‌توان ادعا نمود این امر هرچند به ندرت، مورد توجه و عنایت دادگاه‌ها قرار گرفته است. به‌موجب رأی شماره ۵۹۲-۲۳ مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۱۸ صادره از شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور که بیان می‌دارد: «... چون به توافقات بین طرفین که در قرارداد مندرج شده مبنی بر پرداخت مالیات متعلق به ملک و مدارک استعلام راجع به تشریفات انجام معامله از قبیل نوسازی و عوارض و پایان کار و ... عمل نشده، بنابراین خواهان حق فسخ قرارداد به دلیل عدم انجام تعهد را دارد». رویکرد عرضی بودن ضمانت اجرا در رویه قضایی قابل مشاهده است. (بازگیر، ۱۳۷۷: ۱۳۲) این نظریه غنی در نظرات فقهی و حقوقی قابل مطالعه است.

ضمانت اجرا برای متخلف اقدام می‌کند. یکی از این ضمانت اجراها که قانونگذار به پیروی از فقه اسلامی مبادرت به وضع آن نموده، حق حبس طرفین قرارداد نسبت به عوضین قراردادی است. ماده ۳۷۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هریک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود...». این ماده مبین این است که به‌صرف ایجاد قرارداد این حق برای طرفین مستقر شده و هریک می‌تواند به محض ایجاد قرارداد به آن استناد کرده و اجرای تعهد خود را موقوف به اجرای تعهد طرف مقابل نماید (باقری و طباطبایی، ۱۳۸۴: ۸۲؛ فروچی، ۱۳۸۵: ۲۰۶؛ عدل، ۱۳۸۵: ۲۷۱؛ امینی و دیگران، ۱۳۹۶: ۹۱؛ عظیم‌زاده، ۱۳۹۰: ۲؛ صفا، ۱۳۸۸: ۶۰؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۲۵۱).<sup>۱</sup>

از تفسیر حق حبس وفق ماده ۳۷۷ قانون مدنی نتایجی به بار خواهد آمد؛ از جمله: اولاً این حق ابتدا به ساکن و به محض انعقاد قرارداد برای طرفین به وجود خواهد آمد و برای تحقق آن هیچ شرط یا پیش شرطی بیان نشده است. به عبارت دیگر، این حق مطلق است، نه معلق. ثانیاً وفق ماده مزبور این حق برای طرفین قرارداد به طور مستقل به وجود خواهد آمد؛ یعنی حق حبس بایع و حق حبس مشتری در عرض یکدیگر است، نه در طول هم. ثالثاً این حق به طور همزمان برای طرفین به وجود می‌آید و هرکدام از طرفین می‌توانند در آن واحد به آن استناد کرده و از اجرای تعهدات خود استنکاف بورزند؛ زیرا حق حبس ناظر به زمان مشترک تسلیم است و عنصر زمان در آن نقش اساسی و بنیادینی دارد. از همین رو اگر طرفین به طور همزمان و با استناد به این حق از اجرای تعهدات خویش استنکاف ورزند، اجرای قرارداد با بن بست مواجه می‌شود. به همین خاطر اکثر نویسندگان به این بن بست تصریح کرده و برخی از فقها و حقوقدانان (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۸؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۱۵۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۰۶؛ طباطبایی و باقری، ۱۳۸۴: ۸۹) برای برون‌رفت راهکارهایی نیز ارائه کرده‌اند.

بنابر نتایج به‌دست‌آمده در این نوشتار حق حبس نه تنها از حیث قلمرو عملیاتی و اجرایی ناکام مانده و نظر طرفین قرارداد را به‌عنوان ضمانت اجرا تأمین نمی‌کند، بلکه از حیث تئوری و نظری هم با اشکالات بنیادین مواجه شده است و در نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها، عدم قوام قرارداد را موجب

۱. تعریفی را که فقها از حق حبس بیان داشتند: «فلکل منهما الامتناع عن التقدّم» و «جاز لكل منهما الامتناع عن التسليم قبل التسليم الآخر».

۲. نک مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ از قانون مدنی.

## ۱-۱. نظرات فقها در خصوص هم‌عرض بودن حق فسخ و اجبار

در خصوص عرضی بودن ضمانت اجرای فسخ و اجبار فقها معتقدند که در عقود معاوضی، عدم تسلیم یکی از عوضین، سبب ثبوت خیابار می‌شود، حتی اگر اجبار ممتنع به تسلیم، امکان داشته باشد.<sup>۱</sup> جمع دیگری از فقها معتقدند در صورت امتناع متعهد، متعهدله بین فسخ و اجبار متعهد مخیر است؛ به‌طور مثال شیخ انصاری در مکاسب از تذکره علامه چنین نقل می‌کند: «اگر چیزی را به شرط اینکه به دیگری بفروشد، بخرد، وفای به شرط لازم است، پس در صورت نقض شرط، قرارداد باطل نیست، ولی مشتری بین فسخ قرارداد و اجبار به اجرای شرط، مخیر است». (انصاری، ۱۴۱۱: ۴۱).<sup>۲</sup> همچنین شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید: «اگر شخصی عیدی را بخرد به شرط این که آن را آزاد کند، با استناد به روایت نبوی صلی الله علیه و آله و سلم (المؤمنون عند شروطهم) بیع و شرط هر دو صحیح هستند». ایشان در ادامه می‌فرماید: «اگر مشتری به شرط وفا نکند، دو نظر وجود دارد:

اول اینکه مشروط علیه را اجبار کنیم؛ چرا که با شرط، عتق عبد را مستحق شده است و دوم اینکه مشروط علیه اجبار نمی‌شود، ولی برای بایع خیابار فسخ هست». ایشان با عبارت «و الثانی اقوی» قول دوم را قوی‌تر دانسته است. (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۱)<sup>۳</sup> شهید سیدمحمدتقی موسوی خویی در کتاب *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*، در این خصوص می‌گوید: «طرفین از ابتدا به مجموع عقد و شرط ملتزم شده‌اند و با منتفی شدن شرط، مستقیماً برای مشروط له، حق فسخ ایجاد می‌شود و ایجاد حق فسخ، مشروط به چیزی نیست و این مقتضای تعلیق و ارتباط بین شرط و عقد است». (خویی، ۱۴۱۴: ۲۲۱-۲۲۲) ایشان بعد از ذکر اقوال در این خصوص نظر خود را مبنی بر هم‌عرض بودن اجبار و فسخ بیان کرده و تردید را در آن جایز

نمی‌دانند و می‌فرمایند: «در اینکه خیابار هم‌عرض اجبار است، از اموری است که تردید در آن جایز نیست». (همان: ۲۲۶)<sup>۴</sup> ایشان بعد از ذکر عبارتی از محقق اصفهانی، خود را با وی هم‌عقیده می‌داند و می‌گوید حق فسخ در عرض اجبار است. (همان: ۲۲۲)<sup>۵</sup> شیخ طوسی در پاسخ به این سؤال که آیا خیابار در عرض اجبار است یا در طول آن، از علامه نقل کرده که ایشان مشروط له را مخیر کرده است بین فسخ و الزام مشروط علیه و این به معنی هم‌عرض بودن حق فسخ و اجبار است. (حسینی روحانی، ۱۴۲۰: ۲۴۰) آیت‌الله خویی در *منهاج الصالحین* نیز هم‌عرض بودن حق فسخ و اجبار را بعید ندانسته است. (خویی، ۱۴۱۰: ۳۶)<sup>۶</sup> همین نظر را آیات عظام سیستانی (۱۴۱۷: ۵۲) و فیاض (بی‌تا: ۱۵۶) نیز دارند.

در مورد عقد مساقات نیز گفته شده که اگر عامل در حین عقد از ادامه عمل خودداری نماید، مالک می‌تواند به دلیل این امتناع عقد را فسخ کند، ولی باید اجرت عامل را تا همین حد بپردازد. در اینجا بدون اینکه صحبتی از اجبار و الزام عامل ممتنع شود، به مالک حق فسخ داده شده است. در خصوص مزارعه نیز در جایی که مزارع از تسلیم زمین به عامل خودداری می‌کند، برخی از فقها تصریح کرده‌اند که عامل حق فسخ مزارعه را دارد، ولو اجبار مزارع ممکن باشد. (طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۶۲۶) در اینجا نیز با امکان اجبار و الزام مزارع ممتنع، به عامل حق فسخ داده شده است.

همچنین امام خمینی (۱۴۲۱: ۲۲۰)<sup>۷</sup> و سیدمحمدکاظم طباطبایی، اعتقاد به موازی بودن حق فسخ با حق اجبار متعهد به اجرای عین تعهد را دارند. (احمدی، ۱۳۷۵: ۲۵۸) حضرت آیت‌الله میرزا جواد تبریزی نیز در خصوص عقد اجاره بیان می‌دارند: «در فرض تخلف شرط، موجر می‌تواند اجاره مزبور را فسخ نماید و از مستأجر بخواهد که عین مستأجره را تخلیه نماید و نسبت به مدت سابق، مستأجر باید اجرت‌المثل بدهد، والله العالم». نظر ایشان عیناً در ماده ۴۹۶ ق.م. منعکس شده است. (تبریزی بی‌تا: ۲۷۳) صاحب جواهر، بدون نقد و مخالفت، از برخی از فقها چنین نقل می‌کند: «ظاهر اقوال فقها این است

۱. «ان عدم تسلیم احد العوضین فی عقود المعاوضه يستوجب ثبوت الخیار حتی مع امکان اجاره علی التسلیم»، موسوی، حیدر، درس خارج فقه، مدرسه فقاقت، دروس حوزه بیروت العلمیه، مورخ ۱۴۳۳/۶/۱۰ ق.

۲. «لو باعه شیئا بشرط أن یبینه آخر، أو یفرضه بعد شهر أو فی الحال، لزمه الوفاء بالشرط، فإن أخل به لم یبطل البیع، لکن یتخیر المشتري بین فسخه للبیع و بین إلزامه بما شرط».

۳. «إذا اشترى عبدا بشرط أن یعتقه کان البیع و الشرط صحیحین لقوله علیه السلام: المؤمنون عند شروطهم. فإذا ثبت ذلك فالمشتری إن أعقق العبد فقدوفی بالشرط و إن لم یعتقه قبل فیه شیئان: أحدهما: یجبر علیه لأن عتقه قداستحق بالشرط. و الثانی: لایجبر علیه لکن یجعل البائع بالخیار، و الثانی اقوی».

۴. «والحاصل: إن ثبوت الخیار فی عرض جواز الإجبار، ... مما لا ینبغی التردد فیه».

۵. «و عباره أخرى: ... فیکون الخیار فی عرض جواز الإجبار».

۶. «بل لایبعد جواز الفسخ عند الامتناع قبل الإجبار أيضا».

۷. «مع التخلف یثبت خیابار التخلف عند العقلاء من دون توقف علی التعذر، فبمجرد التخلف عن الشرط یثبت الخیار العقلانی، لتخلفه عن القرار و الشرط».

گنجانده شده‌اند، به طریق اولی می‌تواند حق فسخ برای متعهدله را در پیش داشته باشد. این تعهدات نسبت به عقد، از تعهدات ناشی شده از شرط ضمن قرارداد، ارجح و دارای اهمیت بیشتری می‌باشند. همچنین اصل لزوم قراردادها تا هنگامی قابلیت اجرایی شدن را داشته و می‌توان به آن استناد کرد که در تنافی با قاعده لاضرر نباشد و در صورت تراحم این قاعده بی شک باید متمسک به قاعده لاضرر و در نتیجه فسخ قرارداد شد، چه اینکه تقدم و تسلط قاعده بر اصل بدیهی می‌نماید (الاصل دلیل حیث لادلل). به‌عنوان مثال می‌توان به ماده ۳۹۵ قانون مدنی اشاره داشت که در صورت تخلف متعهد (مشتری) در انجام تعهد مبنی بر پرداخت ثمن، با وجود سایر شرایط، بایع می‌تواند قرارداد را بدون آنکه متوسل به اجبار متعهد شود، فسخ نماید. (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۳۶-۲۳۷) البته بدیهی است که مشتری نیز می‌تواند اجبار متعهد را در پیش بگیرد و در این صورت خیار فسخ خود را اسقاط ضمنی کرده است.

## ۲-۱. هم‌عرض بودن حق فسخ و اجبار در نظام حقوقی ایران و برخی کشورها

از لحاظ حقوقی باید گفت اگر چه این مسئله اختلافی است، اما برخی از حقوقدانان از جمله دکتر لنگرودی، حق فسخ را به صورت یک قاعده عام قبول دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۵۵) قانونگذار نیز در مواد ۲۴۲، ۲۴۳، ۳۷۹، ۴۰۲، ۴۹۶ قانون مدنی و بند د ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲، این اجازه را به مشروط له داده که در صورتی که با امتناع مشروط علیه مواجه شود، همان ابتدا به‌ساکن و بدون درخواست اجبار متعهد از دادگاه، قرارداد را فسخ کند. در مواد ۳۹۵ و ۴۹۶ قانون مدنی ایران نیز شاید بتوان تفکر توازی میان اجبار متعهد و فسخ را دید. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۵۲-۲۵۳) همچنین در ماده ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان، در صورت تخلف متعهد در پرداخت اقساط، پیش‌فروشنده می‌تواند با طی مراتبی غیر از الزام متعهد به انجام تعهد، قرارداد را فسخ نماید. نظام حقوقی فرانسه نیز، با اصلاحات انجام شده در فوریه سال ۲۰۱۶ میلادی در راستای برقراری عدالت معاضدی و عدالت توزیعی و مدرن‌سازی و تقویت جایگاه خود در عرصه بین‌الملل گام مهمی برداشته و اصلاحاتی در برخی نهادها از جمله فسخ قرارداد در صورت نقض تعهد پیش‌بینی کرده است. در کد مدنی فرانسه قبل از اصلاحات سال ۲۰۱۶ فسخ قرارداد از دادگاه تقاضا می‌شد و در واقع از فسخ قضایی صحبت بود (علی خیری جبر و

که هرگاه در عقد لازمی، یکی از طرفین عملی منافی با حقی انجام دهد که طرف دیگر عقد مزبور کسب کرده، شارع براساس قاعده لاضرر و لاضرر برای طرف دیگر حق فسخ مقرر کرده است و عقد از جهت او جایز شده، تا بدین وسیله ضرر او دفع شود». (نجفی، ۱۴۰۴: ۸۰) به‌عنوان مثال، اگر مشتری از پرداخت ثمن خودداری کند، این عدم پرداخت با حقی که بایع، در ازای عقد بیع، به عهده مشتری پیدا کرده، منافات می‌یابد. بنابراین، به دلیل قاعده «لاضرار» عقد بیع نسبت به بایع جایز می‌شود تا بتواند معامله را فسخ کرده و خود را از ضرری که ناشی از پایبند بودن به عقد است، رها سازد. (شیروی، ۱۳۷۷: ۵۰) شاید مبنای این نظرات فرمایش شهید باشد. شهید اول در لعمه می‌فرماید: «بر مشروط علیه انجام شرط لازم نیست و تنها فایده شرط این است که در صورت نقض شرط، قرارداد را در معرض فسخ قرار می‌دهد». (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۸)

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه در خصوص هم‌عرض بودن خیار فسخ و اجبار متعهد به انجام آنچه که به عهده گرفته، ممکن است ادعا شود که فقهای امامیه به شرطی که طرفین در قرارداد گنجانده‌اند نظر داشته‌اند و این همان خیار تخلف از شرط است که قانون درخصوص آن ابتدا به اجبار اشاره کرده است و در خصوص عوضین قراردادی و تخلف از اجرای تعهداتی که عوض قراردادی می‌باشد نمی‌توان به فسخ استناد کرد و باید با استناد به اصل لزوم قراردادها، در راستای استحکام قرارداد پیش‌رفت و اجبار متعهد را در پیش گرفت.

در پاسخ می‌توان گفت که هرچند از اقوال مطرح‌شده از سوی فقهای امامیه، حق فسخ برای مشروط له به‌علت عدم انجام تعهداتی که ناشی از شرط فعل است، برداشت می‌شود، اما تخلف از عوضین قرارداد به طریق اولی باید منجر به فسخ قرارداد گردد؛ زیرا تعهدات قراردادی که به‌عنوان عوضین قرارداد در نظر متعاقبین بوده، اصل و شروط ضمن عقد فرع هستند. بنابراین، باید بیان داشت که اگر عدم انجام تعهدات ناشی از شرط، فسخ قرارداد را در پیش خواهد داشت، تخلف از انجام تعهداتی که به‌عنوان عوضین قراردادی در قرارداد

۱. «بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم، شرع له الشارع الفسخ، و كان العقد في حقه جائزا دفعا لضرره بذلك، لقاعدة».

۲. «لا يجب على المشتري عليه فعله، و إنما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ، عند عدم سلامة الشرط، و لزومه عند الإتيان به».

اجرای تعهد را برای متعهد نه تکلیف بلکه حق دانسته‌اند (پارساپور و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۴) که قابل اسقاط نیز است. مطابق آنچه که سخن رفت، اعطای حق فسخ قرارداد به متعهدله پیش از الزام متعهد، به‌عنوان قاعده‌ای در نظر فقها و نظام‌های حقوقی مختلف شناخته شده که در موارد عدیده‌ای مطابق با موازین و اصول حقوقی است. حال آنچه مهم می‌نماید نحوه اعمال و آثار ناشی از اعمال حق حبس با تأکید بر نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها است.

### نسبت‌سنجی «حق فسخ» و «حق حبس»

قانون مدنی با وضع ماده ۳۷۷ به هریک از طرفین قرارداد اجازه داده است که اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد توسط طرف قابل کند. در نتیجه اعمال حق حبس موجب عدم انجام تعهدات شده و به نوعی امتناع، از جانب استنادکننده به حق حبس رخ می‌دهد. حال باید دید امتناعی که در اقوال مختلف منجر به حق فسخ برای طرف مقابل امتناع‌کننده می‌شود، درخصوص امتناع ناشی از حق حبس نیز به کار می‌رود یا این امتناع دلیلی بر حق فسخ تلقی نمی‌گردد.

برخی از حقوقدانان و فقها (شیروی، ۱۴۰۰: ۲۴۸؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۲) حق فسخ قرارداد را ناظر به امتناع از اجرای تعهد به معنای عام آن دانسته‌اند و نتیجه آن که هر امتناع از اجرای تعهدی موجب حق فسخ می‌گردد؛ ازجمله امتناعی که با استناد به حق حبس رخ داده است. این بیان نیازمند توضیح تفصیلی و شرحی مستدل است.

نظر به ماده ۳۷۷ قانون مدنی و توصیف این چنینی از حق حبس، سبب می‌شود که هر یک از طرفین اجرای تعهداتش را منوط به اجرای تعهدات طرف مقابل کند، در نتیجه قرارداد با بن‌بست مواجه می‌گردد که یکی از راه‌های خروج از این بن‌بست، قائل شدن به حق فسخ است. (خمینی، ۱۴۲۱: ۵۶۳)<sup>۲</sup> «دلیل بر این مطلب آن است که در عقود معاوضی ضمن اینکه هویت عقد تبادل در ملکیت است، ولی طرفین متعهد می‌شوند که تبادل در تسلیم داشته باشند. بعد از عقد ملکیت به وجود می‌آید و اگر تسلیم صورت نگیرد شرط ضمنی ارتکازی رعایت نشده و مشروط علیه به شرط خودش عمل نکرده است و عدم

همکاران، ۱۳۹۷: ۹۶)، اما در سال ۲۰۱۶ تغییراتی در این نهاد حقوقی به وجود آمد. در ماده ۱۲۱۷ کد مدنی فرانسه طرف قراردادی که با خودداری طرف مقابل از اجرای قرارداد روبه‌رو می‌شود، می‌تواند اجرای قرارداد را درخواست کرده یا قرارداد را فسخ کند. همچنین ماده ۱۲۲۴ کد مدنی فرانسه، بیان می‌دارد که «در صورت نقض جدی قرارداد، می‌توان آن را از طریق ارسال ابلاغیه رسمی از سوی متعهدله به متعهد یا به موجب رأی دادگاه فسخ کرد». به‌عبارتی چنانچه طرفین توافق نکرده باشند که به صرف عدم اجرای تعهدات قرارداد فسخ خواهد شد، فسخ منوط به ارسال اخطاریه‌ای رسمی مبنی بر درخواست انجام تعهد توسط متعهد و عدم پاسخ متعهد به این درخواست است. (حسن‌زاده، ۱۴۰۱: ۷۶) همچنین ماده ۱۲۲۶ کد مدنی فرانسه به اختیار متعهدله برای فسخ قرارداد اشاره داشته است. علاوه بر قانون مدنی فرانسه در بند اول ماده ۱۷۷ قانون مدنی عراق هنگامی که یکی از طرفین به تعهدات قراردادی خود وفا نکند، متعهدله می‌تواند فسخ قرارداد را از دادگاه درخواست نماید، بدون آنکه نیاز باشد ابتدا به الزام متعهد متوسل شود. (علی خیری جبر و همکاران، ۱۳۹۷: ۹۵) در مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز همین عقیده جاری است و در صورت نقض اساسی تعهد توسط متعهد، ضمانت اجرای فسخ قرارداد برای متعهدله پیش‌بینی شده و در صورتی که نقض اساسی نباشد، ابتدا از جانب متعهدله مهلتی به متعهد برای اجرای تعهد داده می‌شود و اگر وی در این مدت تعهدات خود را اجرا نکند، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کند بدون آنکه الزام متعهد مطرح شود.

حقوقدانان نظام حقوقی ایران نیز به تفصیل این دیدگاه را مورد بررسی قرار دادند. عده‌ای با استناد به ادله‌ای، تقدم بی چون و چرای ضمانت اجرای الزام به ضمانت اجرای فسخ را مورد انتقاد قرار دادند و در انتقاد به این دیدگاه، اعطای حق فسخ به متعهدله، به صرف عدم انجام تعهد توسط متعهد را در باب شروط ضمن عقد به قیاس اولویت پذیرفته و همچنین نگاه به عدالت و انصاف را لازم دانسته‌اند. (نهرینی، ۱۳۹۴: ۹۵) برخی دیگر نیز الزام متعهد به انجام تعهد پس از نقض تعهد در قراردادهای مهندسی را که با مشکلات عدیده‌ای روبه‌روست، سفاقت عقلی خطاب کرده (داراب‌پور، ۱۳۹۴: ۱۷۹) و حقوقدانانی دیگر با استناد به قاعده لاضرر و قاعده نفی عسر و حرج، تقدم الزام به فسخ قرارداد را نپذیرفتند. (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۵۷) همچنین با بررسی رویه قضایی و آرای محاکم، تقدم الزام به فسخ قرارداد و تالی فاسد این نظریه، الزام به

۱. «نعم أصل الدَّفْعِ فی أوَّلِ أزمَنه العَدَد ... فیثبت فی تخَلْفِ كلِّ من ذلک الخیار لصاحبه» و «نعم لا یبعد بقاء حق الحبس له إذا لم یکن الثمن واصلاً إلیه، ... و ینیقی له الخیار بعد الثلاثه».

۲. «ففی الامتناع المطلق یحتمل انحلال العقدو یحتمل ثبوت الخیار، و هو الأرجح، و لیس الخیار للشرط الضمینی».

در نتیجه عدم انجام تعهد، تخلف از شرط ارتكازی است که طرفین در هنگام انعقاد قرارداد آن را مورد نظر داشتند<sup>۵</sup> و ضمانت اجرای این تخلف اعطای حق فسخ به متعهدله است؛ چه این عدم انجام تعهد ناشی از عدم حسن نیت متعهد و عدم اجرای تعهد باشد و یا ناشی از حق حبس باشد؛ زیرا آنچه مورد نظر است صرف عدم انجام تعهد است و امتناع مستند به حق حبس را نیز در بر می‌گیرد.

برخی حقوقدانان با اذعان به نتیجه حق حبس که طلبکار را با بن‌بست مواجه می‌کند، در راستای تقویت لزوم قراردادهای، بیان داشتند که هرچند ضمانت اجرای امتناع ناشی از حق حبس می‌تواند، عدم انجام تعهد یا الزام طرف قرارداد به وسیله دادگاه و یا انحلال قرارداد توسط وی باشد، اما مهم‌تر آنکه قانونگذار چنین حقی را برای طلبکار نشناخته است. (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۳۴) ایشان در ادامه با ایراد به این که هرچند امتناع ناشی از حق حبس می‌تواند به عنوان تخلف از شرط ضمنی قرارداد، قلمداد شود، بیان داشتند «فرض پذیرش شرط ضمنی وفای به عهد (فعل) منسوب به طرفین، امکان فسخ عقد را توجیه نمی‌کند؛ زیرا هرچه باشد، قوی‌تر از شرط صریح نیست که در قانون (ماده ۲۳۷ قانون مدنی) ضمانت اجرای نخستین آن اجبار ملتزم است نه فسخ قرارداد» (همان: ۲۳۵)، اما در پاسخ به این استدلال می‌توان دو ایراد بیان داشت: اولاً علاوه بر آنکه انجام تعهد توسط طرفین قرارداد شرط ضمنی بوده و نسبت به آن، طرفین عقد ملتزم شده‌اند که اقدام کنند، این شرط به نوعی شرط بنایی قرارداد نیز شمرده می‌شود. با این استدلال که طرفین قرارداد پیش از انعقاد قرارداد و اصدار ایجاب و قبول، آن مهمی که در نظر داشتند، تملیک و تملک همراه با تسلیم و تسلیم عوضین بوده است؛ بدین نحو که هر آنچه را در عالم اعتبار منتقل کرده‌اند، به تسلیم و تسلیم درآوردند، چه اینکه بدیهی است انتقال مالکیت امری اعتباری بوده و آنچه که مدنظر هر ایجاب یا قبول‌کننده‌ای است، صرف تملیک و یا تملک در عالم اعتبار نیست، بلکه امکان تسلط و تصرف در مال مورد انتقال است که مهم است. تملیک یا تملک عوضین در عالم اعتبار در واقع ارائه قدرتی به منتقل‌الیه است که با استناد

عمل به شرط، خیار تخلف شرط را ثابت می‌کند؛ چراکه از یک طرف در حقوق قراردادهای، صرف عدم ایفای تعهد به معنای تقصیر است (محبی، ۱۳۹۳: ۱۳۴) و از سوی دیگر آنچه که مهم است و سبب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل می‌شود، صرف تحقق عنوان «عدم اجرای قرارداد» است و این عنوان «عدم اجرا» با حق حبس نیز حاصل می‌شود (خویی، ۱۴۱۷: ۵۹۵؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۵۶۳)؛ زیرا حق حبس به عنوان یک حق ذاتی اولیه منفی، اجرا نشدن تعهدات را به همراه دارد. در همین مورد در *مفتاح الکرّامه* چنین آمده: «اگر یکی از طرفین از اجرای تعهداتش امتناع کند، برای طرف دیگر حق خیار است.» (عاملی بی‌تا: ۷۲۰) میرزای قمی معتقد است در صورتی که مشروط علیه به شرط وفا نکند، برای مشروط له حق فسخ به وجود می‌آید، بدون اینکه مشروط له الزامی به استفاده از «اجبار» داشته باشد. (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۱۴۴-۱۴۵) وی در ادامه تصریح می‌کند که شهیدین نیز به این مطلب معتقدند و این نظر راه نظر خوبی بر می‌شمارد. آیت‌الله خویی در *مصباح الفقاهه* معتقد است در جایی که یکی از طرفین تعهدش را انجام می‌دهد، اما طرف مقابل ممتنع است بدون اینکه بحثی از اجبار مطرح گردد، برای شخص مجری، حق فسخ قرار داده می‌شود. (خویی، ۱۴۱۷: ۵۹۵)<sup>۳</sup> استدلالی که فی‌الجملة برای این ادعا (خیار در عرض اجبار است) بیان شده، شرط ارتكازی است. بدین توضیح که متعاملین با شرط ارتكازی ملتزم به تسلیم عوضین شده‌اند و به مجرد اینکه یکی از طرفین به این التزام و شرط عمل نکند و از تسلیم امتناع کند، برای دیگری خیار ثابت است و اقتضای تخلف از شرط ارتكازی، ثبوت خیار است<sup>۴</sup> ولو آنکه این امتناع مستند به حق حبس باشد.

۱. مروی، جواد، تقریرات درس خارج فقه، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۸.

۲. مرحوم خویی بیان داشتند: «إذا لم یسلم العوض الی حدّ کان للأخر خیار ... فإذا فسخ العقد یسترجع المبیع من المشتري» و مرحوم امام در کتاب *البیع* جلد پنجم این‌گونه آورده‌اند: «و لو امتنع أحدهما، فإن کان هو البائع، کان للمشتري خیار الامتناع، و إن کان هو المشتري، کان للبائع خیار التأخیر».

۳. «ثم انه إذا حصل القبض من جانب و امتنع الآخر من التسليم فهل یجوز للممتنع أن یتصرف فیه أو لایجوز، الظاهر أنه لا مانع من التصرف فیه لأنه ماله غایة الأمر إذا لم یسلم العوض الی حدّ کان للأخر خیار تخلف الشرط الضمینی فإذا فسخ العقد یسترجع المبیع من المشتري».

۴. مروی، جواد، تقریرات درس خارج فقه، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۸.

۵. شرط ارتكازی شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد نفوذ کرده و طرفین قرارداد هرچند نسبت به آن التفات و توجه فعلی نداشته باشند، اما به گونه‌ای لازم عقد است. شرط ارتكازی از اقسام شرط ضمنی است و عموم ادله صحت و اعتبار شرط شامل آن نیز می‌شود. (اسماعیلی، محسن؛ توکلی کیا، امید ۱۳۹۰: ۱۵۱)



داشت؛ زیرا بدیهی است که امکان الزام متعهد را در فرضی باید صحیح دانست که عدم انجام تعهد مستند به قانون نباشد، در صورتی که حق حبس مستند به قانون است و چگونه ممکن است قانونگذار در ماده‌ای حقی را برای متعهد بشناسد و از آن حمایت کند و در ماده‌ای دیگر کارایی آن را مخدوش نماید. به تعبیری با حق حبس دیگر امکان اقامه دعوی الزام متعهد منتفی خواهد بود و وفق ماده ۲۳۹ قانون مدنی در صورت عدم امکان الزام باید روی به فسخ قرارداد آورد.

برای رفع هرگونه تردید در این خصوص علاوه بر موارد فوق باید بیان داشت، در بیعی که منعقد شده است، اگر مشتری ثمن را تأدیه نکند، بایع بعد از ۷۲ ساعت از تاریخ انعقاد بیع، به استناد ماده ۴۰۲ قانون مدنی می‌تواند قرارداد را فسخ کند و علت تأخیر مشتری، به هیچ عنوان در ایجاد حق فسخ برای بایع مهم نیست؛ زیرا پرداخت به موقع ثمن، نوعی تعهد به نتیجه است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۷۳)؛ یعنی حتی اگر برای مشتری فورس ماژور و یا سایر علل موجه هم پیش آمده باشد، باز هم حق فسخ برای بایع به وجود خواهد آمد و بایع می‌تواند به استناد به این خیار عقد را منحل کند (معادیر قانونی مشتری، فقط برای رهایی از مسئولیت و پاسخگویی از خسارت‌های وارده بر بایع است). خیار تأخیر ثمن حقی است که قانونگذار در حقوق و شارع در فقه، برای بایع به‌طور مسلم شناسایی کرده‌اند و کسی در آن تردید ندارد. حتی صاحب جواهر چنین نقل می‌کند که: «برخی از فقها براساس خبر ابی جارود و حدیث لاضرر، در جهت تسهیل امور و عدم انتظار و مراجعه به حاکم، قائل شده‌اند که متعهدله در همان ابتدا که با عدم اجرای متعهد روبه‌رو شد، می‌تواند با استناد به خیار تأخیر، عقد را فسخ کند بدون اینکه ملتزم باشد به حاکم مراجعه کند». (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۹) از آنجا که امتناع ناشی از حق حبس، قرارداد را در معرض زوال و فسخ قرار می‌دهد باید اذعان داشت که حق حبس به‌عنوان ضمانت اجرای مفاد قرارداد تا هنگامی کاربرد دارد که از تعهدات موجود در قرارداد حمایت نماید (رودیجانی، ۱۳۹۶: ۲۳۱) و الا دچار «نقض غرض» می‌شود؛ چراکه از سویی دکترین حقوقی حق حبس را به عنوان ضمانت اجرای قرارداد معرفی کرده‌اند و از سویی با امتناع حاصل از حق حبس [به‌عنوان حق ذاتی اولیه که قابلیت استناد پذیری مطلق را دارد]، قرارداد در معرض زوال قرار می‌گیرد و «نقض غرض»

به آن بتواند بر مال موردنظر تسلط داشته باشد و در امتداد تسلط، تصرف را از آن خود ببیند. انتقال مالکیت وجهی در عالم مادیات ندارد، جز آنکه با حمایتی که قانونگذار از مالک می‌نماید، امکان تسلط و تصرف او را فراهم سازد. به‌عبارت دیگر، انتقال مالکیت در عالم اعتبار، مقدمه تسلط و تصرف فیزیکی بوده و تسلیم و تسلیم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ به‌طوری که قانونگذار با تقنین موادی، ضمانت اجرای عدم امکان تسلیم قبل از قرارداد را بطلان قرارداد و بعد از قرارداد انفساخ و یا در صورت تعذر در تسلیم، حق فسخ برای متعهدله می‌شناسد (به عنوان مثال مواد ۳۴۸، ۳۷۲، ۳۸۰، ۴۷۶، ۴۸۳ قانون مدنی). بنابراین، این سخن گزاف نخواهد بود که طرفین قرارداد مبتنی بر شرط بنایی تملیک و تسلیم عوضین، قرارداد را منعقد می‌کنند و در صورتی که نسبت به این شرط تخلفی صورت پذیرد، اعطای حق فسخ قرارداد برای مشروط له کمترین حمایت حقوقی است. شرط بنایی آن شرطی است که عقد با لحاظ آن انجام شود، ولو آنکه لحظاتی قبل از عقد باشد و عقد بر مبنای آن تشکیل شود. به‌عبارتی باید گفت شرط بنایی شرطی است که طرفین قبل از عقد بر التزام آن توافق کرده باشند، ولو آنکه گفت‌وگوهایی صورت بگیرد و در پس آن توافق و تعهد نانوشته باشد. (صابریان، ۱۳۸۸: ۱۰) بنابراین، باید گفت تعهد طرفین بر انجام تعهد خود؛ یعنی تسلیم و تسلیم، موردنظر هریک از آنها قرار گرفته و قرارداد نیز به سودای دستیابی به عوضین قراردادی منعقد شده است و نمی‌توان از این مهم چشم فرو بست. بنابراین، عدم انجام تعهد پس از انعقاد قرارداد، حتی اگر مستند به حق حبس باشد، در مسیری قرار می‌گیرد که خلاف شرط بنایی بوده و طرفین آن را نمی‌پذیرند و بدین صورت باید متعهدله را در برابر منتع، محق فسخ قرارداد دانست. بنابراین، امتناع ناشی از حق حبس نه تنها برخلاف شرط ارتكازی طرفین بوده، بلکه برخلاف شرط بنایی طرفین نیز تلقی می‌شود.

ثانیاً بر فرض پذیرش نظر استاد کاتوزیان، اگر قائل بر عدم امکان فسخ و الزام متعهد در وهله اول بود، به‌گفته ایشان در صورتی که یکی از طرفین قرارداد با امتناع طرف مقابل از اجرای تعهد با استناد به حق حبس مواجه شود، راهی جز آن ندارد که متوسل به الزام متعهد شود و مستنبط از ماده ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی، در صورت عدم امکان الزام متعهد، در آخر با تمسک به فسخ قرارداد به عنوان «بد ضروری» به حیات قرارداد خاتمه دهد. (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۳۵) این درحالی است که امکان الزام در فرض پذیرش حق حبس وجود نخواهد

۱. «قدیظهر من بعض الأصحاب سهولة الأمر في ثبوت الخيار، حتى لو احتاج إلى رفع أمره إلى الحاكم و المراجعة و الانتظار و نحو ذلك لم يجب عليه، و ربما يشهد له خبر أبي الجارود، و حديث الضرار».

باطل است. صرف نظر از اینکه قاعده نقض غرض یک قاعده عقلی بوده و ارتکاب آن برای مقنن از محالات است، اصولاً احتیاج به نص خاصی ندارد و عملی که متضمن نقض غرض باشد، مورد تصویب قانون نیست. بنابراین، می‌توان به مواد ۹۴۴ و ۹۴۵ قانون مدنی اشاره کرد. (کاشانی، ۱۳۵۲: ۲۵۸)

### بحث و نتیجه‌گیری

اصول و قواعد فقهی و حقوقی مانند اصل فوری بودن اجرای تعهدات، دلالت بر آن دارد که تعهد پس از ایجاد به‌وسیله متعهد انجام شود و در نهایت تعهدات با وفای به عهد به پایان برسد. این توصیه به انجام تعهدات مانع از آن نیست که اگر تعهدات با تخلف و نقض متعهد مواجه گردد، امکان برهم زدن قرارداد منتفی باشد. به تعبیری قراردادها توصیه به ایفا شده‌اند، اما در جهت حمایت از حقوق متعده، در مواردی که متعهد تعهدات خود را انجام نمی‌دهد و از اجرای آنها امتناع می‌کند، متعده می‌تواند قرارداد را فسخ کند. این امکان فسخ قرارداد در نظرات بسیاری از فقها و حقوقدانان قابل مشاهده است و در کنار نظریه طولی بودن ضمانت اجراها که الزام متعهد را بر فسخ قرارداد مقدم می‌شمارد، مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفته است. امکان فسخ قرارداد به سبب امتناع متعهد از انجام تعهدات به‌طور عام مورد توجه فقها قرار گرفته است، بدین معنا که هرگاه متعهد از انجام تعهدات خود به هر دلیلی امتناع ورزد، متعده می‌تواند قرارداد را فسخ نماید؛ حتی اگر این امتناع به سبب قانونی؛ یعنی حق حبس صورت گیرد. به عبارتی هرگاه متعهد در جهت اجرای حق قانونی خود با استناد به ماده ۳۷۷ قانون مدنی، انجام تعهد خود را منوط به انجام تعهد طرف مقابل نماید (از انجام تعهد خود امتناع کند)، امکان برهم زدن و فسخ قرارداد به‌وسیله طرف مقابل وجود خواهد داشت و با این حال، حق حبس به‌عنوان ضمانت اجرای قانونی که در جهت تضمین انجام تعهدات وضع می‌گردد، خود منجر به فسخ قرارداد می‌شود و این مصداق روشنی از نقض غرض است. این نتیجه ناشی از حق حبس، به سبب تفسیر مشهور و مستنبط از ماده ۳۷۷ قانون مدنی است که نه‌تنها اجرای تعهد را تضمین نمی‌کند، بلکه قرارداد را با بن‌بست مواجه کرده و موجب انحلال قرارداد می‌گردد، چه اینکه ماده مذکور به طرفین قراردادی، حق امتناع از انجام تعهدات قراردادی، به‌صرف ایجاد قرارداد را داده است. ماده ۳۷۷ قانون مدنی بیان می‌دارد که هریک از طرفین قرارداد می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به

اجرای تعهد طرف مقابل نماید و در واقع این یک حق مطلق، اولیه و ذاتی است که پس از انعقاد قرارداد ایجاد می‌گردد و در خلاف اصل فوری بودن اجرای تعهدات، تعهد را با عدم اجرا مواجه می‌کند. نتیجه آنکه برخلاف تفسیر مشهور از حق حبس، باید حق حبس را حقی معلق دانست که به‌صرف ایجاد قرارداد قابل اعمال نبوده، بلکه به‌کارگیری آن منوط است به امتناع طرف قراردادی از انجام تعهد خود، به عبارتی پس از انعقاد قرارداد هر یک از طرفین قرارداد موظف به اجرای تعهدات خود هستند و حق حبس، حقی معلق است که با حصول معلق علیه، یعنی امتناع یکی از طرفین (ارادی یا غیر ارادی)، قابلیت اعمال و اجرا پیدا می‌کند.

### منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. ج ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- احمدی، حسین علی. (۱۳۷۵). *اجرای تعهد قراردادی*. تهران: انتشارات برهمند.
- اسماعیلی، محسن؛ توکلی‌کیا، حامد. (۱۳۹۰). «شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران». *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، سال ۱۲، شماره ۲، صص ۱۵۱-۱۹۰.
- امینی، اعظم؛ حائری، محمدحسن و ناصری مقدم، حسین. (۱۳۹۶). «بررسی فقهی حقوقی موجبات و مسقطات حق حبس در عقود معاوضی». *جستارهای فقهی و اصولی*، سال ۳، شماره پیاپی نهم، صص ۹۱-۱۱۲.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۱). *کتاب المکاسب*. (ط-القدیمه). قم: منشورات دارالذخائر.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی. (۱۴۰۶). *حاشیه المکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۷۷). *آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی*. تهران: نشر ققنوس.
- باقری، احمد و طباطبایی، سیدمحمد. (۱۳۸۴). «حق حبس». *مجله مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷، صص ۸۱-۱۱۴.
- تبریزی، جواد بن علی. (بی‌تا). *استفتاءات جدید (تبریزی)*. ج ۲. چاپ اول. قم: بی‌نا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). *حقوق تعهدات*. تهران: انتشارات گنج دانش.

صفایی، سیدحسین؛ الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۹). «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد». *دوفصلنامه مفید*، شماره ۷۹، شماره هجدهم، صص ۵۲-۶۳. صفایی، سیدحسین. (۱۳۹۸). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: میزان.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. (بی‌تا). *عروه الوثقی*. بیروت: مؤسسه الاعلمی مطبوعات.

طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن. (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه. عاملی، سیدجوادبن محمد حسینی. (بی‌تا). *مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (ط-القدیمه)*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷). *الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه*. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

عدل (منصور السلطنه)، مصطفی. (۱۳۸۵). *حقوق مدنی*. بی‌جا: طه.

عظیم‌زاده، فائزه. (۱۳۹۰). «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام». *فقه و حقوق خانواده*، شماره ۵۴، صص ۱-۲۳.

فروچی، حمید. (بی‌تا). «lien یا حق توقیف مال برای جبران هزینه طلبکار در حقوق آمریکا و مقایسه اجمالی آن با حق توقیف در حقوق ایران». *مجله کانون وکلا*، قابل دسترسی در سایت پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی پرتال جامع علوم انسانی.

فیاض کابلی، محمداسحاق (بی‌تا). *منهاج الصالحین (للفیاض)*. بی‌جا: بی‌نا.

قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۸۹). *ضمانت اجرای تأخیر در پرداخت ثمن*. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).

خیری جبر، علی؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی و انصاری، اعظم. (۱۳۹۷). «تأثیر تخلف از انجام تعهدات قراردادی در پیدایش حق فسخ (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و برخی نظام های حقوقی اسلامی و غربی)». *فصلنامه پژوهش-های تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۵، شماره چهارم، صص ۹۱-۱۲۱.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*. تهران: سهامی انتشار.

حسن‌زاده، منصوره. (۱۴۰۱). *کد مدنی فرانسه: حقوق قراردادها، تعهدات و ادله اثبات دعوا*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

حسینی روحانی، سیدمحمد صادق. (۱۴۲۰). *المرتقی إلى الفقه الأرقی-کتاب الخيارات*. تهران: مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه (دار الجلی).

خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۲۱). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خوبی (شهید)، سیدمحمدتقی موسوی. (۱۴۱۴). *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*. بیروت: دار المؤرخ العربی. خوبی، سیدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*. قم: نشر مدینه العلم.

خوبی، سیدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۷). *مصباح الفقاهه (المکاسب)*. مقرر: محمدعلی توحیدی تبریزی. قم: انصاریان.

رودیجانی، محمدمجتبی. (۱۳۹۶). *حقوق مدنی ۳ مسئولیت قراردادی (ضمانت‌های اجرای مفاد قرارداد)*. تهران: کتاب آوا.

ره‌پیک، حسن. (۱۳۸۷). *حقوق مدنی عقود معین (۱)*. تهران: انتشارات خرسندی.

ریاحی، علی‌اصغر؛ صادقی، محمود و پارساپور، محمدباقر. (۱۳۹۷). «تقدم حق الزام به اجرای تعهد بر فسخ و رویه قضایی». *مجله حقوق خصوصی*، دوره پانزدهم، شماره ۲، صص ۲۴۱-۲۵۹.

سبزواری، سیدعبدالأعلی. (۱۴۱۳). *مهذب الأحكام*. قم: مؤسسه المنار.

سنهوری عبدالرزاق. (۱۹۹۸). *الوسیط، منشورات الحلبي الحقوقیه*. بیروت: بی‌نا.

سیستانی، سیدعلی حسینی. (۱۴۱۷). *منهاج الصالحین*. قم: دفتر حضرت آیه‌الله سیستانی.

شیروی، عبدالحسین. (۱۴۰۰). *حقوق قراردادها*. تهران: سمت. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۷۷). «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران». *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره اول، سال اول، صص ۱۱۹-۱۳۹. صابریان علیرضا. (۱۳۸۸). «ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی». *فصلنامه دین و سیاست*، شماره ۲۱-۲۲، صص ۳-۲۲.

صفا، محمدعلی. (۱۳۸۸). «حق حبس». *فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن*، سال پنجم، شماره بیستم، صص ۵۹-۸۸.

- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*. تهران: سهامی انتشار.
- کاشانی، سید محمود. (۱۳۵۲). *نظریه تقلب نسبت بقانون «حیل»*. بی‌نا: بی‌جا.
- گرچی، ابوالقاسم. (۱۳۸۷). *مبانی حقوق اسلامی*. تهران: انتشارات مجد.
- محبی، ابوالفضل. (۱۳۹۳). «تحلیل اقتصادی ضمانت اجراهای مدنی نقض تعهدات پولی». *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۷۸، شماره ۷۸، صص ۱۱۳-۱۴۴.
- مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷). *العناوین الفقہیہ*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مروی، جواد. (۱۳۹۳). *تقریرات درس خارج فقه*. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- موسوی، حیدر. (۱۴۳۳). *درس خارج فقه*. مدرسه فقاہت. بیروت: دروس حوزه علمیہ.
- داراب‌پور، مہراب و داراب‌پور، محمدرضا. (۱۳۹۴). *حقوق قراردادها*. تهران: جنگل و جاودانہ.
- میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۱۳). *جامع الشتات فی أجوبہ السؤالات*. تهران: مؤسسہ کیهان.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نہرینی، فریدون. (۱۳۹۴). *ماہیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران*. تهران: گنج دانش.
- Aamili, Seyyed Javad bin Mohammad Hosseini. (No Date). *Miftah al-Karamah in the explanation of the rules of al-alama (i-al-qadimah)*. Beirut. (in Arabic)
- Adl (Mansour al-Sultaneh), Mustafa. (1385). *Civil Rights*. out of place: taha. (in Persain)
- Ahmadi, Hossein Ali. (1375). *Implementation of contractual obligations*. Tehran: Barhamand Publications. (in Persain)
- Amini, Azam; Haeri, Mohammad Hassan and Naseri Moghadam, Hossein. (2016). "Jurisprudential examination of the creations and muscats of the right of lien in barter contracts". *Jurisprudential and Usuli Essays*, year 3, 9th serial number, pages 91-112. (in Persain)
- Ansari, Sheikh Morteza. (1411). *Kitab al-Masab*, (I-al-Qadima). Qom: Dar al-Zhakhari charters. (in Arabic)
- Azimzadeh, Faezeh. (2018). "The right of imprisonment in the family legal system in Islam". *Fiqh and family law*, number fifty-four, pages 1-23. (in Persain)
- Bazgir, Yadullah. (1377). *Opinions of the Supreme Court in legal matters*. Tehran: Nash Ghoqnos. (in Persain)
- Bagheri, Ahmad and Tabatabai, Seyyed Mohammad. (2004). *lien Journal of Islamic Studies*, No. 67, pages 114-81. (in Persain)
- Darabpur, Mehrab; Darabpour, Mohammad Reza. (2014). *Contract law*. Tehran: Jangal and Javadane. (in Persain)
- Khomeini, Seyyedrouh Allah Mousavi. (1421). *Book of sale Tehran*. Imam Khomeini Works Editing and Publishing Institute. (in Arabic)
- Khoi (martyr), Seyyed Mohammad Taqi Mousavi. (1414). *Dependent conditions or obligations in contracts*. Beirut: Dar al-Mu'rokh al-Arabi. (in Arabic)
- Khoi, Sidabo al-Qasim Mousavi. (1410). *Minhaj al-Salehin*. Qom: publishing Madinat al-Alam. (in Arabic)
- Khoi, Sidabu al-Qasim Mousavi. (1417). *Misbah Al-Fiqahah (Al-Makasab)*. Instructor: Mohammad Ali Tahidi Tabrizi. Qom: Ansarian. (in Arabic)
- Rudijani, Mohammad Mojtabi. (2016). *Civil rights 3*. Contractual liability (guarantees of the implementation of the provisions of the contract). Tehran: Ava book. (in Persain)
- Rahe Pik, Hassan. (2007). *Civil rights of certain contracts (1)*. Tehran: Khorsandi Publications. (in Persain)

- Riahi, Ali Asghar; Sadeghi, Mahmoud and Parsapour, Mohammad Baqer. (2017). "Precedence of the obligation to fulfill the obligation over termination and judicial procedure". *Journal of Private Law*, Volume 15, Number 2, Pages 241-259. (in Persain)
- Sabzevari, Seyyed Abd al-Oghal. (1413). *Mahdhab al-Ahkam*. Qom: Al Manar Institute. (in Arabic)
- Senhori Abdul Razzaq. (1998). *Al-Wasit, al-Halabi charters of jurisprudence*. Beirut: Bina. (in Arabic)
- Sistani, Seyyed Ali Hosseini. (1417). *Minhaj al-Salehin*. Qom: office of Hazrat Ayatollah Sistani. (in Arabic)
- Shiravi, Abdul Hossein. (1400). *Rights of contracts*. Tehran: side. (in Persain)
- Shiravi, Abdul Hossein. (1377). "Termination of the contract if the obligee refuses to fulfill the obligation in Iranian law". *Qom Higher Education Complex Magazine*, first issue, first year, pages 119-139. (in Persain)
- Sabrian Alireza. (1388). "The nature of the construction condition in terms of Imami jurisprudence and civil rights". *Religion and Politics Quarterly*, No. 21-22, pages 3-22. (in Persain)
- Safa, Mohammad Ali. (1388). lien Specialized Quarterly Journal of Jurisprudence and History of Civilization, fifth year, 20th issue, pages 59-88. (in Persain)
- Safai, Seyyed Hossein; Elfat, Nematullah. (1389). "Compulsory execution of the same obligation and its precedence over the right to terminate the contract". *Mofid bi-quarterly*, number 79, number 18, pages 52-63. (in Persain)
- Safai, Seyyed Hossein. (2018). *General rules of contracts*. Tehran: Mizan. (in Persain)
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem. (No Date). *Arwa al-Waghti*. Beirut: Al-Alami Press Institute. (in Arabic)
- Tousi, Abu Jaafar Muhammad bin Hasan. (1387). *Al-Mabusut in Imami jurisprudence*. Tehran: al-Mortazawi Library for Revival of Al-Jaafari Antiquities. (in Arabic)
- Farouhi, Hamid. "Lien or the right to seize property to compensate the creditor's expenses in American law and its brief comparison with the right of seizure in Iranian law", Lawyers' Association magazine, Beta, Beja, accessible on the website of the Research Institute of Humanities and Cultural Studies, the comprehensive portal of humanities. (in Persain)
- Fayaz Kabuli, Mohammad Ishaq. (No Date). *Minhaj al-Salehin* (Lalfiyyaz). No place: no place (in Arabic).
- Qasimzadeh, Syed Morteza. (2009). *Guarantee of late payment*. Tehran: organization for studying and compiling humanities books of universities (Samt). (in Persain)
- Katouzian, Nasser. (1376). *Civil rights, general rules of contracts*. Tehran: publishing house. (in Persain)
- Katouzian, Nasser. (2018). *Civil rights, general rules of contracts*. Tehran: publishing house. (in Persain)
- Kashani, Seyyed Mahmoud. (1352). *The theory of fraud compared to the "trick" law*. No place: no Name. (in Arabic)
- Maraghi, Sayyidmir Abdul Fattah bin Ali Hosseini. (1417). *The titles of jurisprudence*. Qom: Islamic publishing office affiliated with the community of teachers of the seminary of Qom. (in Arabic)
- Meravi, Javad. (2013). *Lectures on foreign jurisprudence*. Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences. (in Persain)
- Mousavi, Haider. (1433). *Foreign jurisprudence course*. School of

- Jurisprudence, Beirut: Al-Alamieh Faculty of Law (in Arabic).
- Mirza Qommi Gilani, Abul Qasim bin Muhammad Hasan. (1413). *Jame al-Shatt in the answers to the questions*. Tehran: Keihan Institute. (in Arabic)
- Najafi, Sahib al-Jawahar, Muhammad Hassan. (1404). *Jawaharlal Kalam in the explanation of the laws of Islam*. Beirut. (in Arabic)
- Nahrini, Fereydoun. (2014). *The nature and effects of contract termination in Iranian law*. Tehran: Ganj Danesh. (in Persain)
- Irwani, Ali bin Abdul Hossein Najafi. (1406). *profit margin Tehran, Ministry of Culture and Islamic Guidance*. (in Arabic) 114-81. (in Persain)
- Tabrizi, Javad bin Ali. (No Date). *Istfatayat Jadid* (Tabrizi), vol. 2, first edition. Qom: Bina. (in Arabic)
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (1378). *Obligations rights*. Tehran: Ganj Danesh Publications. (in Persain)
- Hassanzadeh, Mansoura. (1401). *French Civil Code; The rights of contracts, obligations and proofs of litigation*. Tehran: publishing company. (in Persain)
- Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadegh. (1420). *Al-Murtaqi to al-Fiqh al-Arqi- Kitab al-Alkhiri*. Tehran: Al-Jalil Cultural Research Institute (Dar Al-Jali). (in Arabic)
- Khairi Jabr, Ali; Acceptance of Darafshan, Seyyed Mohammad Mahdi and Ansari, Azam. (2017). "The effect of violation of contractual obligations on the emergence of the right of cancellation (a comparative study in Iranian law and some Islamic and Western legal systems". *Quarterly Journal of Comparative Studies of Islamic and Western Law*, Volume 5, Number 4, Pages 121-91. (in Persain)
- Georgian, Abulqasem. (1387). *Basics of Islamic law*. Tehran: Majd Publications. (in Persain)
- Mohibi, Abulfazl. (2013). "Economic analysis of the guarantee of civil executions for violation of monetary obligations". *Legal Journal of Justice*, year 78, number 87, pages 113-144(in Persain).