مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات ، شماره ۶، زمستان ۱۳۹۵جلد ۲، ص۴۰-۳۲

http://www.jrse.ir

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال دوم)
شماره۶/ زمستان ۱۳۹۵ / ص۴۰-۳۲

بررسی حقوقی وفقهی قرارداد عقیم

سیمین اسدزاده طالعی[۱]، منوچهر داور[۲]

[۱] مربی هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه

[۲] کارشناس حقوق دانشگاه تهران

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

منوچهر داور

چکیده

پس از انعقاد قرارداد ممکن است که در اجرای آن مانعی پدید آید که باعث گردد ایفای تعهدات قراردادی عقیم بماند باتوجه به اینکه هر تعهدی نشان از التزام متعهد به ایفاست در نتیجه التزام به قرارداد غیرقابل اجرا از نظر حقوقی عقلایی نمی باشد. مضافا اینکه نمی توان طرفین قرارداد را ملزم به قراردادی دانست که امکان اجرا نداشته وعقیم باشد. در فقه قاعده ی خاصی تحت عنوان "بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه" وجود دارد که به نوعی به یکی از قواعد عمومی قراردادها در فقه تبدیل گردیده است بر اساس این قاعده اگر پس از انعقاد عقد، ایفای تعهدات ناشی از آن برای همیشه غیر ممکن شود اجرای قرارداد و تعهدات آن لازم نبوده و معامله باطل می باشد و به موجب آن، اثر تعذر بر قرارداد بطلان است و از سوی دیگر، به موجب خیار تعذر تسلیم، اثر تعذر بر قرارداد، خیار بر متعهدله یا مشروط له است. در این مقاله بررسی تعارض فوق نشان می دهد که این تعارض، ظاهری است. لذا در مواردی که قرارداد بطور کلی غیرقابل اجرا وعقیم باشد بطلان و درتعذری که امکان برطرف شدن داشته باشد، خیار فسخ بر قراردادهای غیرقابل اجرا حاکم است.

واژگان کلیدی: تعذر اجرا، خیار تعذر تسلیم، ایفای تعهد، قرارداد عقیم.

مقدمه

سؤال اصلی تحقیق، قراردادی که اجرای آن متعذر است، از لحاظ فقهی و حقوقی چه وضعیتی پیدا می کند؟

سؤالات فرعی: ۱- در چه مواردی تعذر اجرا موجب خیار می شود؟ ۲- در چه مواردی تغذر اجرا موجب بطلان یا انفساخ قرارداد می شود؟

برای بررسی مسئله تعذر اجرای عقد، باید قاعدهٔ فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» و خیار تعذر تسلیم بررسی گردند و رابطهٔ آنها با یکدیگر مشخص شود. چرا که از این قاعده این مطلب استفاده می شود که در برخورد با تعذر در اجرای قرارداد، عقد باطل است در حالیکه از طرف دیگر در خیار تعذر تسلیم بحث از خیار فسخ عقد است. بنابراین، این دو مفهوم چگونه قابل جمع می باشند؟

مطابق قاعدهٔ «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضونه» هرگاه طرفین معامله به چیزی متعهد و ملتزم شوند، اما پس از انعقاد عقد، وفای به آن برای همیشه ناممکن شود، آن معامله به حسب شرایط باطل یا منفسخ می شود، اعم از آنکه این تعذر مربوط به یکی از طرفین معامله باشد و چه مربوط به هر دو. اگرچه این حکم در تمام عقود، حتی عقود اذنی (مثل وکالت) جاری است، اما بیشتر دامنگیر عقود مستمر مثل اجاره می شود.

شهید اول در لمعه اولین بار «خیار تعذر تسلیم» را مطرح کرد، اما فقهای بعدی از آن استقبال نکردند. حتی شیخ انصاری در مکاسب که به تفصیل خیارات را مورد بررسی قرار داده، از بیان تفضیلی این خیار خودداری و به تبعیت از فقهایی مانند علّامه حلّی و محقق حلّی تنها هفت خیار را مطرح کرده است.

به نظر می رسد دلیل عدم استقبال فقها از این خیار آن باشد که خیار تعذر تسلیم در بردارندهٔ معنای متضادی است؛ زیرا وقتی تسلیم مبیع یا ثمن متعذر شود، ادامه و بقای عقد غیرعقلایی می شود، در حالی که قایل شدن به خیار مستلزم این امر است که ادامه و بقای عقد عقلایی است، ولی طرف دیگر می تواند به دلیل عدم دست یابی کامل به عوض یا معوض، عقد را فسخ کند.

برای روشن شدن مسئله تعذر اجرای عقد، ابتدا قاعدهٔ «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» تبیین می گردد:

۱- مفهوم تعذر در فقه

به موجب قاعده ی "بطلان کل عقد، بتعذر الوفاء بمضمونه" هر عقدی که وفا به مضمون آن متعذر وناممکن باشد، باطل است. به عبارت دیگر چنانچه طرفین قرارداد یا یک طرف قرارداد نتوانند به تعهدی که در قرارداد نمود ه اند، عمل کنند آن قرارداد باطل است. بنابراین چنانچه فروشنده نتواند مبیع را تحویل خریدار دهد یا خریدار نتواند ثمن را تحویل فروشنده دهد یا مؤجر نتواند مورد اجاره را تحویل مستأجر بدهد یا وکیل به دلیل از بین رفتن موضوع وکالت نتواند به وکالت خویش عمل کند، عقد بیع و اجاره و وکالت باطل خواهد بود (زراعت، ۱۳۸۸، ص۴۵). مفاد این قاعده به معامله ی خاصی اختصاص ندارد و در همین عقود و معاملات جاری است(محقق داماد، ۱۳۸۸، ج۲، ص۱۳۲؛ موسوی بجنوردی،۱۳۸۹، ج۵، ص۲۶۵) و ملاک اجرای آن متعذر بودن دائمی انجام تعهد است.

مقصود از وفای به مدلول عقد، انجام دادن تعهدی است که به واسطه ی تحقق عقد به نحو صحت میان متعاقدین، بر ذمه ی ایشان قرار گرفته است. بدیهی است که صرف تسلیم موضوع عقد الزاماً با وفا به مدلول عقد، ملازمه ندارد ونمی توان گفت که با تسلیم عین موضوع تعهد به طرف دیگر عقد، به مفاد عقد نیز وفا شده است . زیرا ممکن است ایفای تعهدات حاصل از عقد، به واسطه ی امور دیگری متعذر شود . دراین صورت هر چند متعاقد به تعهد خود مبنی بر تسلیم عین موضوع قرارداد، عمل کرده است، عقد هنوز به طور کامل محسوب نمی شود .مثلاً زمانی که مؤجر عین مستأجره را در اختیار مستأجر قرار میدهد ولی امکان بهره برداری از آن به واسطه ی عوامل دیگری غیر ممکن است، نمی توان تعهد موضوع عقد اجاره را ایفا شده ومورد را مصداق وفای به مضمون عقد دانست . البته این امر بدان معنا نیست که تسلیم مبیع هیچ گاه به تنهایی مصداق وفا به عقد نیست، بلکه منظور این است که در برخی از عقود که ماهیتشان انتقال مالکیت منافع مال است و تحقق آنها با تسلیم عین ملازمه دارد، وفا به مدلول عقد به صرف تسلیم محقق نمیگردد . زیرا الزاماً باید امکان بهره برداری از منافع هم وجود داشته باشد وگرنه در بعضی از عقود مانند بیع، تسلیم عوضین از مصادیق بارز اجرای عقد یا وفای به مضمون عقد است(محقق داماد،۱۳۸۸، ج۲، ص۱۳۲). البته اگر تعذر اجرای عقد به واسطه ی سرباز زدن متعهد از انجام تعهد باشد، نمی توان استنکاف متعهد از ایفا را مصداق تعذر به وفای عهد محسوب کرد و به استناد آن، عقد را باطل دانست .بلکه باید از طریق مراجعه به حاکم او را به ایفای عین تعهد، اجبار و الزام نمود .در نتیجه موضوع بحث ما تعذری است که ارتفاع آن در اختیار متعاقدین نباشد . در تعذر تسلیم، مثلاً اگر کبوتر در حال پرواز فروخته شود، معامله صحیح نخواهد بود؛ مگر آن که به نحو عادت باز گردد(شهیدثانی، ۱۳۰۹، ج۳، ص۲۴۹). مفهوم بطلان در قاعده ی مورد بحث معنای عامی داشته و شامل بطلان ذاتی و ابتدایی و نیز انفساخ میباشد(محقق داماد،۱۳۸۸، ج۲، ص۱۴۰). گاهی اتفاق می افتد که عقد در زمان انعقاد متعذر الوفا باشد و متعاقدین بر این امر علم داشته باشند . واضح است که چنین عقدی از آغاز باطل است . اگر متعاقدین در زمان انعقاد عقد بر این عقیده باشند که مدلول عقد ممکن الوفاست ولی پس از انعقاد عقد کاشف به عمل آید که مدلول عقد

متعذر الوفا بوده است دراین صورت نیز عقد محکوم به بطلان از لحظه ی انعقاد عقد است.گاهی نیز اتفاق می افتد که مفاد و مدلول عقد در زمان انعقاد ممکن الوفا باشد ولی به علتی که پس از انعقاد عارض شده غیر ممکن گردد، دراینصورت اگر تعذر دائمی و غیرقابل دفع باشد،عقد از لحظه ی تحقق تعذر، منفسخ خواهد شد ولی اگر حادثه ایجاد شده موقت و محتمل الدفع باشد دو حالت وجود خواهد داشت(همان ص۱۴۰-۱۴۱). اگر وفای به عهد در زمان خاص به طور وحدت مطلوب باشد، در این صورت نیز عقد از زمان تعذر منفسخ می شود اما اگر وفای به عهد در زمان خاص به طور تعدد مطلوب باشد، در این صورت برای متعهدله خیار فسخ ایجاد خواهد شد(قاسمی،۱۳۸۷، ص۱۸۷-۱۸۸؛ شهیدی، ۱۳۷۷، ص۳۱۳).

محقق کرکی ضمن بررسی موضوع، یک فرع فقهی تصریح کرده است که در آن فرع میتوان به انفساخ عقد رأی داد .زیرا انجام مفاد آن ناممکن شده و در چنین حالتی انفساخ عقد گریزناپذیر است.

۲- ادله اثبات قاعده

درباب اثبات قاعده، به طور اجمال می توان گفت که دلایل زیر را میتوان مستند قرار داد:

۲-۱- دلیل عقل

هر عقدی از نظر صحت و بطلان باید یکی از این دو ویژگی را داشته باشد، زیرا رابطه ی این دو وضعیت رابطه ی عدم و ملکه است و امکان ندارد یک عقد در زمان واحد هردو صفت را از دست بدهد یا هر دو صفت را داشته باشد . حال عقدی که امکان ایفای آن وجود ندارد از شمول ادله ی صحت عقد مانند آیه ی "اوفوا بالعقود" خارج است وگرنه تکلیف به محال خواهد بود(موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹ق، ج۵،ص ۲۶۷). پس وقتی یک عقد باطل باشد، نمی توان آنرا مقید به وصف صحت نمود، همچنین نمی توان گفت عقد در اینصورت صحیح است و شخصی که مال نزد وی تلف شده است، ضامن آن باشد . زیرا ضمانت باید ناشی از عقد یا تصرف یا معاوضه باشد که هیچ یک از این اسباب در اینجا وجود ندارد.

۲-۲- بنای عقلا

به نظر میرسد زمانی که متعاقدین یا یکی از آنها متعذر بر ایفای تعهدات مندرج در عقد باشد، عقد منعقد باطل است و بقای چنین عقدی در نزد عقلا کاری لغو می نماید(طباطبائی قمی، ص۱۵۲-۱۵۴). بنای عقلا از گذشته تاکنون بر باطل دانستن چنین عقدی بوده است، زیرا آنچه هدف اساسی هر عقد می باشد، نقل و انتقال و انجام آن در عالم خارج است و انتقال اعتباری که به محض انعقاد عقد رخ می دهد، کفایت نمی کند .همچنین نمی توان این موارد را با مواردی از جمله تلف مبیع قبل از قبض مقایسه کرده، حکم به انفساخ قرارداد نمود، زیرا آن مورد، استثنایی بوده و مستند به روایات شرعی است.

۲-۳- اجماع

فقها برای اثبات مشروعیت این قاعده به دلیل اجماع نیز استناد کرده اند(زراعت، ۱۳۸۸، ص۴۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ج۵، ص۲۶۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۸، ج۲، ص۱۴۲-۱۴۳)

۳- مبانی فقهی قاعده

فقهای امامیه بطلان عقدی را که وفای به مدلول آن متعذر است به یکی از طرق ذیل توجیه کرده اند:

۳-۱- تکلیف مالایطاق

به تکلیفی که خارج از طاقت و مافوق توانایی و استطاعت فرد است، تکلیف مالایطاق می گویند(محقق داماد، ۱۳۸۸، ج۲، ص۸۱-۸۲). بدین معنا که تکلیف مالایطاق حکمی است که نه عقلاً مقدور است و نه عادتاً مکلف توان انجام دادن آن را دارد درنتیجه تشریع تکلیف مالایطاق از طرف شارع امری محال و غیر معقول است(همان، ص۸۱).

۳-۲- عدم مالیت و لزوم غرر

طبق این توجیه، بیع چیزی که تسلیم آن مقدور نباشد، صحیح نیست؛ خواه دلیل فساد آن عدم مالیت چنین مالی باشد و خواه وجود غرر مستلزم جهل(همان، ص۱۴۲).

۳-۳- لزوم ارتفاع نقیضین

صحت و فساد عقد دو امر متقابل هستند که تقابل بین آنها از نوع مقابل عدم و ملکه است، زیرا منظور از صحت عقد، تمام بودن معامله و مقصود از فساد، تمام نبودن آن از حیث اجزا و شرایط و عدم موانع است و در برابر آن تعریف باطل، به چیزی که اثر مقصود از عقد بر آن است، مترتب نیست . از طرف دیگر دو شی متقابل که تقابل آنها به شکل عدم و ملکه است، در حکم دو نقیض هستند که ارتفاع آنها ممکن نیست . پس اگر یکی از آن دو مرتفع شد، لزوماً دیگری موجود می شود . به این ترتیب هرگاه تعذر یکی از دو طرف عقد و یا تعذر هر دو دایم باشد، وفا به چنین عقدی غیر ممکن خواهد بود و در نتیجه از شمول "اوفوا بالعقود" خارج خواهد بود؛ زیرا تکلیف به محال قبیح است . بنابراین صحت مرتفع می شود؛ زیرا صحت همان وجوب وفای به عقد است و عدم امکان آن دلیلی بر عدم صحت است در نتیجه هرگاه صحیح نباشد، ناگزیر فاسد و باطل است، زیرا در غیر این صورت ارتفاع نقیضین لازم می آید(همان، ص۱۴۴).

۴- اشکال تعذر و آثار آن

تعذری دارای اشکال متفاوتی است و به اعتبارات مختلف به انواع گوناگونی تقسیم میگردد. به اعتبار زمان، تحقق تعذر به تعذر اصلی و طاری تقسیم می شود. به اعتبار دوام، تعذر به تعذر دائم و موقت تقسیم می شود. به اعتبار وسعت موضوعی، تعذر به تعذر کلی و جزئی تقسیم می شود. به اعتبار گستره ی شخصی، تعذر به تعذر مطلق و نسبی تقسیم می شود . به اعتبار منشا تحقق، به تعذر واقعی و اعتباری تقسیم می شود.

۴-۱- تعذر اصلی وفرعی

هنگامی که در لحظه ی انعقاد قرارداد تعذر محقق شده است و وجود دارد، عدم امکان اجرای قرارداد در این نوع تعذر اصلی یا بدوی خوانده می شود(لنگرودی، ۱۳۷۵، ج۱، ص ۸۸۶). در این نوع تعذر، اجرای قرارداد در لحظه ی انعقادش ناممکن است؛ مثل تسلیم و فروش مالی که در دریا افتاده است و امکان بازیابی مجدد آن میسر نمی باشد .در مقابل این نوع تعذر نوع دیگری از تعذر وجود دارد که تعذر طاری یا آتی نامیده می شود .در این نوع تعذر، تعذر به هنگام انعقاد قرارداد وجود ندارد و قرارداد به نحو صحت منعقد می شود و در آن هنگام، اجرای قرارداد منعقده ممکن است، ولی پس از انعقاد آن به واسطه ی حدوث حوادثی که قابلیت انتساب به متعاقدین را نداشته، اجرایش ناممکن می گردد .اما در باب اثرات انواع تعذرات مذکور باید اذعان نمود که اگر تعذر از نوع اصلی یا بدوی باشد، باعث می شود که قرارداد از همان ابتدا باطل باشد یا بهتر بگوییم اصلاً قراردادی ایجاد نشده است .زیرا در این فرض اصلاً تعهدی ایجاد نشده است تا بتوان گفت اجرایش غیرممکن گردیده است(کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص۱۴۰). باید گفت که تعذر اصلی بدون در نظر گرفتن علم و جهل متعاقدین، موجب بطلان قرارداد منعقده می گردد . در مقابل این نوع تعذر ، تعذر طاری است . این نوع تعذر همان طور که بیان گردید پس از انعقاد صحیح و کامل عقد حاصل می گردد بدین معنا که به هنگام انعقاد عقد تعذری وجود ندارد، ولی پس از انعقاد آن به نحو صحت، تعذر حادث می گردد.

۴-۲- تعذر دائمی وموقتی

از حیث گستره ی زمانی، تعذر محقق شده را می توان آنرا به دو گونه تقسیم نمود : یکی تعذر دائمی است و دیگری تعذر موقتی . تعذر دائمی موردی است که عدم امکان اجرای تعهدات ناشی از قرارداد همیشگی باشد . فی المثل موضوع قرارداد تلف گردد و باعث شود که دسترسی به آن برای همیشه ناممکن گردد . از طرفی ممکن است تعذر و عدم امکان اجرا، جنبه ی موقتی داشته باشد؛ یعنی اینکه تعذر موجود همیشگی نبوده و عدم امکان اجرا صرفاً برای دوره ی محدودی از زمان باشد و پس از گذشت آن امکان ایفای تعهد موجود باشد؛ مثل اینکه دولت برای مدت زمان محدودی تجارت موضوع قرارداد را ممنوع نماید. هنگامی که تعذر پیش آمده از نوع تعذر دائمی باشد، کلیه ی تعهدات ساقط گردیده وطرفین از انجام تعهدات خودداری می ورزند و در نتیجه ی چنین تعذری، قرارداد منحل خواهد شد . ولی هنگامی که تعذر محقق شده از نوع تعذر موقتی باشد، اجمالاً باید گفت که اصل بر این است که طرفین ملزم به ایفای تعهدات خود می باشند؛ یعنی متعاقدین هر دو مستلزم به اجرای قرارداد خواهند بود و تعهد ساقط نخواهد شد بلکه اجرای تعهد ناشی از قرارداد صرفاً معلق می گردد و در نتیجه قرارداد منحل نخواهد شد(همان، جلد۴، ش۷۸۳). البته تعذر موقت تا جایی موجب تعلیق اجرای قرارداد خواهد شد که تأخیر اجرای قرارداد را به طور اساسی متفاوت از آنچه که مدنظر متعاقدین به هنگام انعقاد قرارداد بوده است، نکرده باشد والا اگر ایفای تعهدات ناشی از قرارداد مذکور باعث گردد که آن اجرا به طور ریشه ای متفاوت از آن چیزی گردد که متعاقدین به هنگام انعقاد قرارداد اراده نموده اند، قرارداد ساقط شده فرض می شود. مثلاً؛ اگر رابطه ی اجرای قرارداد با زمان به نحو وحدت مطلوب باشد، بدین معنا که متعاقدین صرفاً

اجرای قرارداد را در آن زمان اراده نموده اند و لاغیر، تعذر اجرا در زمان مورد نظر موجب زوال تعهدات متعاقدین و در نتیجه انحلال قرارداد منعقده خواهد شد(محقق داماد، ۱۳۸۱، ج۲، ص۱۱۵)

۴-۳- تعذر کلی وجزئی

تعذر در اجرای قرارداد از حیث گستردگی موضوع به دو نوع تعذر کلی و جزیی تقسیم می گردد . یعنی تعذر محقق شده گاهی صرفاً جزیی از قرارداد را در بر می گیرد و شامل باقیمانده ی قرارداد نمی شود و قسمت باقی مانده کماکان قابل اجرا است مثل اینکه شخصی متعهد شده باشد که دو دستگاه خودرو را به طرف مقابل خود تحویل دهد و پس از وقوع حادثه، یکی از خودروهای موضوع تعهد تلف شود. پس نسبت به یک دستگاه خودرو غیرقابل اجراست، ولی نسبت به خودروی دیگر کماکان قابلیت اجرا دارد .در مقابل تعذر جزیی، نوع دیگری از تعذر وجود دارد که تعذر کلی نامیده می گردد؛ یعنی با تحقق تعذر کل تعهدات ناشی از قرارداد غیر قابل اجرا گردد، در مثال فوق میتوان گفت اگر هر دو خودرو تلف شوند تعذر حادث شده کلی است و دیگر اجرای بخشی از قرارداد و موضوع تعهد منتفی خواهد بود.

باید اذعان نمود که هرگاه حادثه ای موجب شود تعهد مندرج در قرارداد غیرقابل اجرا شده و تعذر محقق گردد و در نتیجه مقاصد و اهداف اساسی متعاقدین از انعقاد قرارداد منتفی شود، قرارداد منعقده منحل خواهد شد . حال ممکن است چنین نتیجه ای به دلیل تحقق تعذر جزیی نیز اتفاق بیفتد . در صورت تحقق تعذر جزیی در باب انحلال قرارداد موضوع آن به دو بخش تقسیم می شود، به این معنا که انحلال قرارداد نسبت به جز متعذر الزامی است، ولی سؤالی که مطرح میگردد این است که در صورت تحقق تعذر جزیی آیا تعذر جزیی بر جز غیرمتعذر هم تأثیری خواهد داشت یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال باید دید قرارداد موصوف، قراردادی است تجزیه پذیر یا اینکه قرارداد تجزیه ناپذیر است .به این معنا که قرارداد مذکور اگر قراردادی باشد که تجزیه ناپذیر است در نتیجه اجرای جز قرارداد برای متعهدله نفعی نخواهد داشت و اجرای جزئی برای وی بیفایده می باشد . پس ما ملزم به صدور حکم انحلال کل قرارداد خواهیم بود(صفایی، ۱۳۶۴، ص۱۲۸). زیرا اجرای قرارداد با همان وصف کلیت خود مطلوب نظر دائن بوده است، نه جز موضوع قرارداد . لیکن در فرض دیگری که در آن اجرای جز قرارداد نیز برای دائن مطلوب می باشد، نمی توان حکم به انحلال کل قرارداد منعقده داد بلکه صرفاً نسبت به جز قرارداد انحلال حادث می شود ونسبت به قسمت باقیمانده، قرارداد باقی است.

۴-۴- تعذر مطلق و نسبی

تعذر را می توان به تعذر مطلق و نسبی نیز تقسیم نمود . هنگامی که تعذر محقق شده باعث می شود که علاوه بر متعهد شخص دیگری نیز اعم از متعهدله و ثالث نتواند اقدام به ایفای تعهد نماید، تعذر موصوف مطلق و فراگیر است . پس در تعذر مطلق، امکان ایفای تعهد از تمامی افراد سلب می شود؛ البته چنین تعذری به مواردی اطلاق می گردد که ایفای تعهد به وسیله ی متعهد و دیگران عادتاً ممکن نباشد .پس در این مورد ملاک تشخیص نوعی خواهد بود زیرا ممکن است برخی افراد به لحاظ برخی از توانایی ها و ویژگی های خود به طور خاص قادر بر ایفای تعهد مذکور باشند که با توجه به نوعی بودن ملاک آنها از بحث ما خارج خواهند بود و همچنان ایفای تعهد متعذر می باشد و اما در مقابل تعذر مطلق نوعی دیگری از تعذر قرار می گیرد که تعذر نسبی نامیده می شود .در این نوع تعذر عدم امکان اجرای قرارداد صرفاً توسط متعهد قرارداد ناممکن می باشد در حالی که اجرای قرارداد به وسیله ی دیگران کماکان ممکن است .در این نوع تعذر امکان بهره گیری از توانایی دیگران برای متعهد قرارداد ممکن است . در نتیجه تحقق تعذر نسبی، مسؤولیت متعهد قرارداد در اجرای مفاد آن زایل نمی گردد.

۴-۵- تعذر واقعی واعتباری

این تقسیم بندی بر مبنای چگونگی و علل عدم امکان اجرا است که به تعذر واقعی و اعتباری تقسیم خواهد شد .تعذر حادث شده گاهی باعث می شود که اجرای قرارداد به طور فیزیکی و مادی ناممکن گردد؛ مانند تلف شدن موضوع تعهد به واسطه ی عارض شدن قوه ی قاهره. درتعذر واقعی با گونه ای ازتعذر مادی مواجه هستیم که تفوق ناپذیر است . مثال دیگر در این مورد فوت شخص هنرمندی است که طی قراردادی ملزم به اجرای اثر هنری خاصی شده است و پس از فوت وی به دلیل تخصصی بودن موضوع تعهد نمی توان از نظر مادی و از نظر واقعی ایفای تعهد را از دیگری درخواست نمود .در مقابل این نوع تعذر یعنی تعذر واقعی، گونه ای دیگر از تعذر وجود دارد که تعذر اعتباری نامیده می شود .تعذر اعتباری هنگامی رخ می دهد که اجرای قرارداد از نظر مادی و فیزیکی کماکان امکان دارد، ولی از نظر قانونی اجرای قرارداد با مانع روبرو می گردد؛ به این معنا که قانونگذار متعاقدین را از ایفای تعهد منع می نماید .به طور مثال می توان گفت هنگامی که قانونگذار موضوع تعهد متعاقدین را ممنوع نموده و غیرقانونی اعلام می کند یا زمانی که جنگ رخ می دهد و قانونگذار تجارت با کشور متخاصم را ناممکن می سازد و یا اینکه قانونگذار به دلیل وضعیت اقتصادی خاص محدودیت های صادراتی و وارداتی وضع می نماید ما با

گونه ای از تعذر اعتباری روبرو هستیم. علل تعذر مادی و واقعی عمدتاً جنبه ی فیزیکی دارند، ولی تعذر اعتباری، ریشه در عوامل انتزاعی و خارجی دارند؛ مانند ممنوعیت ایجاد شده توسط دولت برای صدور کالایی خاص که اعتباری هستند . از نظر اثرگذاری بر قرارداد این دو نوع تعذر اثری یکسان خواهند داشت که همان انحلال قرارداد و در نتیجه سقوط تعهدات متعاقدین است . به نظر می رسد که چنین تفسیری را می توان با تتبع در مواد قانونی تأیید نمود.

۵- وضعیت قرارداد بعد از وقوع تعذر

هر گاه پایبندی به مفاد قرارداد در هنگام عقد آن متعذر شود، تعذر اصلی نام دارد.در این حالت اساسا وقوع تعذر مانع تشکیل عقد می شود. تعذر اصلی در فقه تحت عنوان شرط قدرت بر تسلیم به عنوان شرط موضوع تعهد مورد بررسی قرار گرفته است(حکیم، ۱۳۷۱، ص۳۹۵).

بر خلاف تعذر اصلی، در تعذر طاری، تعهد پدید آمده است و اقتضای استمرار دارد؛ اما به سبب بروز موانع، در اجرای تعهد مشکل ایجاد می شود . بدیهی است در چنین شرایطی باید تا حد امکان برای برطرف کردن این موانع کوشید؛ مگر اینکه امکان اجرای تعهد ناممکن باشد .در غالب موارد، تعذری که مانع اجرای تعهد می گردد با تأثیر بر تعهد شروع می شود و به عنوان ضمانت اجرا به سبب ایجاد تعهد، یعنی عقد سرایت می کند و موجب انحلال قهری یا اختیاری آن می شود . به عبارت دیگر، با عدم امکان اجرای تعهد، تعهد بطور مستقیم ساقط نمی شود، بلکه با انحلال عقد، نتیجتاً تعهد نیز ساقط می شود . البته در عقود مستمر، تعهد به محض انعقاد عقد بوجود می آید(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص۸۴). لکن باید توجه داشت که فرض تعذر اصلی تنها به هنگام ایجاد عقد و تعهد نیست، بلکه ممکن است در آینده و پس از تشکیل عقد نیز متعذر گردد، بنابراین قرارداد نسبت به تعهدات پس از حدوث تعذر باطل است(لنگردوی، ۱۳۷۳، ص ۷۷). فرض تعذر اصلی پس از ایجاد تعهد یا در اثنای اجرای آن، در همه عقود جاری نیست بلکه تنها در عقود مستمر قابل تصور است، از همین رو، برخی متعذرشدن اجرای تعهد در برخی عقود، از قبیل اجاره را موجب بطلان آن می دانند(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص۳۰۲-۴۱۲). لیکن قاعد ه ای که در حقوق ایران پذیرفته شده انفساخ عقد است؛ به عبارت دیگر، با پذیرش بطلان قرارداد، باید به اعاده وضع پیش از عقد معتقد بود در حالی که هیچ گاه در خصوص اجاره ای که در اثنای مدت، قابلیت استدام ندارد، روابط پیشین دچار خلل نمی شود و اثر انحلال تنها ناظر به آینده است.

اگر تعذر پس از حدوث، برای همیشه اجرای تعهد یا تسلیم را ناممکن سازد، در این وضع، تعذر دایمی است اما تعذر موقت هنگامی بوجود می آید که مدت زمان تعذر محدود است و از نظر عرفی، امکان اجرای تعهد امکان پذیر باشد . بنابراین، محدودیت زمانی تعذر، محدودیت عرفی است و بر همین مبنا، در تعذر طاری از آنجا که احتمال قدرت بر تسلیم، عرفاً و عقلاً منتفی نیست فقها آن را به تعذر دایم الحاق نمی نمایند(انصاری، ۱۳۷۵، ص۳۱۳). باید به این نکته نیز اشاره کرد که هرگاه تعذر بطور دایمی باشد، یا در صورت موقت بودن، تمام زمانی که اجرای تعهد و تسلیم در آن، به نحو وحدت مطلوب مورد نظر می باشد را فراگیرد، بحث از فسخ موضوعیت ندارد؛ زیرا دراین حالت، اجرای تعهد برای همیشه محال است و سخن از انفساخ مطرح می شود.

در حقوق ایران، حالتی که تعذر مطلق و دایم است، عقد منفسخ خواهد شد و دیگر بحث از خیار تعذر تعهد، یا تسلیم بی معنی است. البته در بعضی از نظا م های حقوقی چنین نیست. برای مثال، در مقررات کنوانسیون بیع بین المللی کالا، در صورت تعذر تسلیم، برای طرف دیگر حق فسخ در نظر گرفته شده است. بنابراین فسخ قرارداد به عنوان راه حل نهایی در اختیار مشتری ناراضی قرار داده شده است . این کنوانسیون، انفساخ را جز در موارد محدود نمی پذیرد . در نتیجه در مقررات جدید تجارت بین الملل، کمتر از آثار قهری و خارج از اراده طرفین مقرر ه ای مشاهده می شود. بنظر می رسد این نگاه جدید منطبق با واقعیت های اقتصادی است و تا حد ممکن باید از انحلال قهری قرارداد خودداری نمود و به متعهدٌله اختیار تصمیم گیری داد تا در صورتی که نفعی بر بقای عقد ولو ناچیز می بیند، عقد را حفظ نماید. در قانون مدنی، این خیار در زمره خیارات نیامده است. حقوقدانان ایران، به این خیار تصریح کرد ه اند و در صورت موقت بودن تعذر، برای متعهدٌله خیار فسخ قایل شد ه اند(کاتوزیان، ص ۱۱۷ وصفایی، ۱۳۸۳، ص۳۰۱). قانون مدنی در مورد تعهدات فرعی، یعنی تعهد ناشی از شرط ضمن عقد متعرض مسأله گردیده و حکم آنرا بیان داشته است(صفایی، ۱۳۸۳، ص۳۰۲). از این رو، در ماده ۲۳۹ قانون مدنی آمده : "هرگاه اجبار مشرو ط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت". آنچه ملاک حکم این ماده است، تحقق تعذر در دستیابی متعهدٌله به فعل مشروط است و فرض مذکور، در ماده ۲۳۹ قانون مدنی از این جهت که مشرو ط علیه نمی تواند به مورد شرط دست یابد، تحقق یافته است .از این رو، برخی حقوقدانان، ناتوانی مالی مشرو ط علیه را در وفای به شرط، خواه اعسار باشد، خواه تفلیس مشمول ماده فوق دانسته اند(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص۲۱۹). از ماده فوق، معلوم می گردد که اگر تعذر مطلق و موقت، به تعهد فرعی، یعنی آنچه مشرو ط علیه به موجب شرط ضمن

عقد بر عهده گرفته، طاری گردد مشرو ط له حق دارد قرارداد را فسخ کند .در این حالت، متعهدٌله نمیتواند قرارداد را حفظ کند(همان، ص۲۲۵).

بنابراین، به موجب قانون مدنی، مشرو ط له حق دارد هنگامی که به فعل مشرو ط علیه، یعنی آنچه نسبت به قرارداد تعهد فرعی محسوب می شود دست نمی یابد، قرارداد را فسخ کند .یعنی به قراردادی که تعهدات فرعی آن، تا مدتی دست نایافتنی است ملتزم نشود. بنابراین، به طریق اولی اگر متعهدٌله نتواند به تعهد اصلی، یعنی آنچه منظور مستقیم او است دست یابد، حق خواهد داشت قرارداد را فسخ کند و از تعهداتی که در قراردادهای معوض برای او پدید آمده رهایی یابد . البته باید توجه داشت که تعذر مطلق و دایم، موجب سقوط تعهدات و انفساخ قرارداد است اما اگر تعذر مطلق و موقت باشد، چون اساسا احتمال اجرای تعهد همچنان وجود دارد، تنها برای دفع ضرر متعهدٌله مخیر به فسخ قرارداد است(صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲).

نتیجه گیری

تعارض ظاهری بین قاعده فقهی بطلان قراداد عقیم با تقیید آن به مورد تعذری است که بطور کلی قابل برگشت و قابل اجرا نباشد . عنوان خیار تعذر تسلیم در قانون مدنی نیامده اما در فقه بحث شده است. به نظر می رسد احکام این خیار با وجود عدم تصریح قانون مدنی بر قراردادهای منعقد و عقیم حاکم است و در واقع در تعذری که عذر ایجاد شده امکان برطرف شدن دارد خیار فسخ و اختیار برهم زدن معامله مطرح می شود در حالی که اگر تعذر ایجاد شده تداوم عقد را بطور کامل و مطلق غیر ممکن سازد این خیار، عقد را منفسخ می کند. بنابراین احکام خیار تعذر تسلیم حاکم بر قراردادهای غیرقابل اجرا بوده و بر آنها حکومت دارد.

منابع و مراجع

[۱] انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، تهران، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۵
[۲] زراعت، عباس، قواعد فقه مدنی، تهران، انتشارات جاودانه، چ۱، ۱۳۸۸
[۳] شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها وتعهدات، تهران، نشر حقوق دان، ۱۳۷۷
[۴] صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج۱، تهران، نشر میزان، چ۳، ۱۳۸۳
[۵] " قوه قاهره یا فورس ماژور"، تهران، مجله حقوقی، ش۳، ۱۳۶۴
[۶] قاسمی حامد، عباس، حقوق مدنی شرایط شکل گیری قرارداد، تهران، انتشارات دراک، چ۱، ۱۳۸۷
[۷] کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، تهران، شرکت انتشار، چ۵، ۱۳۷۷
[۸] قواعد عمومی قراردادها، ۵ مجلد، تهران، شرکت انتشار، چ ۲، ۱۳۷۶
[۹] لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج۱، تهران، انتشارات سپهر و۲۵۳۷، نشرمشعل آزادی، ۱۳۷۳
[۱۰]دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج۱، تهران، بنیاد راستا، چ۱، ۱۳۷۵
[۱۱]محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه مدنی، ج۲، تهران، انتشارات سمت، چ۵، ۱۳۸۸
[۱۲]ب_ منابع عربی
[۱۳]حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، شرح برمکاسب، چاپ سربی، ۱۳۷۱ه.ق
[۱۴]شهیدثانی، الروضه البهیه، ج۳، دارالهادی للمطبوعات
[۱۵]طباطبائی قمی، تقی، الانوار البهیه فی القواعد الفقهیه، بی جا، بی چا، بی تا
[۱۶]موسوی بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، نجف مطبعه آلاداب، ۱۳۸۹