

## — Specific Performance and its Barriers in Islamic Jurisprudence and Different Legal Systems

Received: 28/06/2016; Accepted: 31/05/2017 Hedayatollah Soltaninezhad<sup>1</sup>

### Abstract

The purpose of forming a contract is realizing the joint volition and fulfilling of its consequent obligations. In the event of a breach, in the Romano-Germanic system of law, Iran and some other countries, the obligation of the covenantor to fulfill the specific performance has been recognized as a fundamental principle and the covenantee, only in the case of the impossibility of obliging the covenantor, can take action to terminate the contract and claim for damages. In Common Law, obliging to specific performance is accepted as an exception and only in certain cases. In this article, the right to choose the most appropriate means of achieving the contractual purpose and securing the covenantee's interests including the request to specific performance or termination of the contract or claim for damages, or changing or replacing the obligation are preferred in terms of basis and economic efficiency. As in the new international instruments such as the Principles of International Trade Contracts (2016), the Principles of European Contract Law, the draft Common European Sales Law, the Civil Code of France (2016), the Civil Code of the Netherlands and Germany and the UK Consumer Rights Act (2015), the right and freedom of the beneficiary to choose the method for confronting the breach of the contract and remedy are accepted. The obligation to specific performance, whether being accepted as a principle, or an exception or a power, may be subject to two categories of barriers and restrictions arising from the status and nature of the obligation or circumstances after the conclusion of the contract.

**Keywords:** Obliging the Covenantor, Specific Performance, Breach of the Contract, Compensation, Obstacles



<sup>1</sup> Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law, University of Qom; dhs1339@gmail.com

## ایفاء عین تعهد قراردادی و موانع آن در فقه و نظام های مختلف حقوقی

تاریخ دریافت ۹۵/۰۴/۰۸ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۳/۱۰ هدایت الله سلطانی نژاد<sup>۱</sup>

### چکیده

هدف از تشکیل قرارداد، تحقق خواست مشترک و ایفاء تعهدات ناشی از آن است و در صورت نقض، در نظام حقوقی رومی - ژرمنی، ایران و برخی دیگر از کشورها، الزام متعهد به اجرای عین تعهد، بعنوان اصل اساسی شناخته شده و متعهدله صرفاً در صورت عدم امکان اجبار متعهد، می تواند اقدام به فسخ و مطالبه خسارت نماید. در نظام حقوقی کامن لا، اجبار به اجرای عین تعهد بعنوان استثناء و تنها در موارد خاص پذیرفته شده است. در این مقاله حق انتخاب مناسب ترین وسیله دستیابی به هدف قراردادی و تامین منافع متعهدله از جمله درخواست اجرای عین تعهد یا فسخ و جبران خسارت یا تبدیل و تعویض تعهد به لحاظ مبنایی و کارآیی اقتصادی ترجیح داده شده است. چنانکه در اسناد بین المللی نوین چون اصول قرارداد های تجاری بین المللی ویرایش ۲۰۱۶، اصول اروپایی حقوق قراردادها، پیش نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع و قانون مدنی فرانسه ۲۰۱۶، قانون مدنی هلند، آلمان و قانون حقوق مصرف کننده ۲۰۱۵ انگلیس، حق انتخاب و آزادی عمل ذینفع در انتخاب روش مقابله با نقض قرارداد و جبران خسارت پذیرفته شده است. الزام به اجرای عین تعهد، صرف نظر از این که بعنوان اصل یا استثناء یا اختیار پذیرفته شود ممکن است با دو دسته از موانع و محدودیت های ناشی از وضعیت و ماهیت خاص تعهد یا اوضاع و احوال پس از عقد مواجه گردد.

**واژگان کلیدی:** الزام متعهد، اجرای عین تعهد، نقض قرارداد، جبران خسارت، موانع.





## مقدمه

قرارداد یکی از اسباب ایجاد تعهد است و بر حسب ماهیت آن، موضوع تعهد ممکن است انتقال یا تسلیم عین، تحویل کالا، ارائه خدمات، انجام یا ترک فعل یا اسقاط حق و مانند آن باشد. با وفای به عهد و اجرای اختیاری عین تعهد، نتیجه مورد انتظار طرفین از تشکیل عقد بدست می آید. در صورت عدم انجام تعهد و نقض قرارداد، روش های گوناگونی برای حفظ حقوق قراردادی و جبران خسارت متعهد له وجود دارد. یکی از این روشها الزام به اجرای عین تعهد است که متعهد له با مراجعه به محاکم و استفاده از قوای عمومی خواستار اجرای عین موضوع تعهد گردد.

حق مطالبه اجرای عین تعهد در نظام حقوقی رومی - ژرمنی، حقوق ایران و نظریه مشهور فقه و برخی دیگر از کشورها بعنوان ضمانت اجرای اساسی نقض قرارداد پذیرفته شده است. این نظریه و رویکرد، مبتنی بر اصل لزوم، تراضی و خواست مشترک و اولیه دو طرف قرارداد و بویژه در حقوق ایران به پیروی از نظریه مشهور در فقه و مواد قانونی چون ماده (۲۱۹)، (۲۳۷) تا (۲۴۰) قانون مدنی در خصوص اجرای مفاد شرط بعنوان توافق فرعی در قرارداد و مواد (۳۷۶) تا (۳۹۵) قانون مدنی در عقد بیع است. در نظام حقوقی کامن لا، از دیر باز بر اساس یک قاعده سنتی، اجبار به اجرای عین تعهد بعنوان استثناء و تنها در موارد خاص پذیرفته شده است و متعهد له بر حسب مورد، مجاز به انتخاب دیگر روش های جبران خسارت اعم از فسخ و گرفتن خسارت و یا جایگزین مناسب دیگر است. در این نظام حقوقی هر چند دادگاه های انصاف بر مبنای قواعد انصاف در مواردی حق الزام به اجرای عین تعهد را نسبت به متعهد له پذیرفته و آراییی نیز صادر کرده اند ولیکن عمومیت نیافته و همچنان استثناء محسوب می شود. بر اساس کنوانسیون بیع بین المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، اصول اروپایی حقوق قراردادهای و پیش نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع، متعهد له بر حسب مورد، مجاز به انتخاب روش جبران خسارت اعم از



درخواست الزام به اجرای عین تعهد یا فسخ و گرفتن خسارت و یا جایگزین مناسب دیگر است. رویکرد اخیر که مبتنی بر لزوم تامین منافع اقتصادی متعهد له قرارداد، ضرورت تسریع در روابط قراردادی، کاهش هزینه‌ها، صرفه جویی در وقت، پرهیز از درگیر شدن در فرآیند طولانی رسیدگی‌های قضایی و سهولت دستیابی به اهداف و کارایی اقتصادی در عصر کنونی است مورد توجه کشورهای گوناگون در هر دو سیستم کامن‌لا و رومی - ژرمنی در تحولات قانونی اخیر آنها قرار گرفته است از جمله می‌توان به بازنگری در قانون مدنی آلمان در سال ۲۰۰۲، قانون مدنی جدید هلند ( Busch, & et. Al, 2002:27 )، اصلاح قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ ( Rowan, 2017:1-16 )، قانون مربوط به قراردادها در چین در سال ۱۹۹۹ ( Wilhelmsson, 2001:24 ) اشاره نمود که تحت تاثیر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول اروپایی حقوق قراردادها با همین رویکرد قرار گرفته است. پیش‌نویس چارچوب مشترک مرجع موسوم به ( Draft Common Frame of Reference (DCFR) که به منظور یکنواخت کردن حقوق خصوصی و قانون مدنی اروپا در گروه حقوق خصوصی اتحادیه تهیه و در سال ۲۰۰۹ انتشار یافته است نیز همین رویکرد را پذیرفته است ( Beale, 2005:10 ).

با توجه به آثار متفاوت این سه رویکرد در نحوه تحقق هدف قراردادی و خواست مشترک و اولیه طرفین و جبران خسارت متعهدله پس از نقض قرارداد و تاثیر آن بر نظام قانونگذاری و رویه عملی دادگاهها، بترتیب اصل الزام به اجرای عین تعهد، استثنائی بودن اعمال این اصل، اختیار متعهدله در برگزیدن روش جبران خسارت و مقابله با نقض قرارداد و در پایان موانع پیش روی الزام به اصل تعهد مورد مطالعه تطبیقی قرار گرفته است.

### ۱. اصل الزام به اجرای عین تعهد

در حقوق قراردادها الزام به اجرای عین تعهد اثر مستقیم قرارداد است و در صورت نقض، یکی از روش‌های مقابله با آن و جبران خسارت شناخته می‌شود و در تمام نظام‌های حقوقی هدف اصلی و اولیه طرفین قرارداد را انجام عین تعهد می‌دانند. در ادبیات حقوقی، بیشتر نویسندگان بر مطلوبیت اجرای عین تعهد تاکید داشته و آن را مطابق با هدف قراردادی دو





طرف می‌داند (Shiffrin, 2007: 708). با وجود این در صورت نقض قرارداد و عدم اجرای تعهدات قراردادی از سوی متعهد در برخی نظام‌های حقوقی و قوانین کشورها با معیار کارکرد اقتصادی و سنجش سود و زیان، متعهد له را از ابتدا بین اجبار به انجام تعهد یا فسخ و جبران خسارت مخیر نمودند و یا این که جز در موارد خاصی چون انتقال اموال و تعهدات پولی، برای متعهد له صرفاً حق خاتمه بخشیدن به قرارداد و مطالبه خسارت را به عنوان بدل و جایگزین اصل تعهد پذیرفته‌اند (Steven, 2005: 30; Yonathan, 2015: 38).

در نظام حقوقی رومی-ژرمنی بر این مبنا که تعهد الزام آور است حق مطالبه اجرای عین تعهد ناشی از قرارداد به عنوان یک اصل پذیرفته شده و متعهد له می‌تواند الزام متعهد به اجرای عین تعهد را ازدادگاه بخواهد و این حق بعنوان مهمترین ضمانت اجرای تعهدات قراردادی مورد توجه قرار گرفته است (Audit, 1990: 125).

بر همین اساس در مواد (۱۱۸۴) و (۱۶۱۰) قانون مدنی فرانسه که نماد نظام رومی-ژرمنی است و نیز ماده (۹۸) قانون تعهدات سوئیس، اجرای عین تعهد بعنوان یک اصل پذیرفته شده و به همین جهت به متعهد له حق می‌دهد تا اجرای عین تعهد را از متعهد مطالبه نماید و دادگاه مکلف به پذیرش درخواست وی و صدور حکم است و تنها در صورت عدم امکان اجبار به اجرای عین تعهد، بر اساس ماده (۱۱۴۲) فرانسه حکم به پرداخت خسارت خواهد داد (Nicholas, 1982: 210-213).

در حقوق برخی کشورهای خارج از این نظام حقوقی از جمله روسیه نیز از گذشته اجرای عین تعهد، به عنوان یک اصل پذیرفته شده است و عدم اجرای مفاد قرارداد حتی مجازات شدید متعهد را در پی دارد. علاوه بر آن طرفین قرارداد ملزمند در متن قراردادهای تنظیمی، وجه التزام پیش‌بینی کنند تا مجبور به اجرای عین قرارداد شوند و حق معاف کردن یکدیگر را ندارند. و اجرای عین قرارداد مربوط به نظم عمومی بوده و تخلف از آن به هیچ وجه مجاز نخواهد بود (رنه دیوید، ۱۳۶۲: ۲۹۷).



در حقوق ایران در موارد خاصی از جمله مواد (۳۷۶)، (۲۳۷) و (۴۷۶) قانون مدنی، قانونگذار به پیروی از نظریه مشهور در فقه، اجرای عین تعهد و الزام متعهد به ایفاء شرط فعل، تسلیم مبیع یا ثمن یا عین مستاجر را پیش بینی نموده است و در صورت نقض تعهد قراردادی، متعهدله ملزم است که ابتدا اجرای عین تعهد را تقاضا کند و تنها در صورت عدم امکان، قرارداد را فسخ و مطالبه خسارت نماید. ولیکن عده ای از حقوقدانان با الغاء خصوصیت، این حق را قاعده ای کلی و قابل اعمال در کلیه عقود معاوضی دانسته و اجرای عین تعهد را به عنوان اصل در حقوق ایران معرفی نموده اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۲۴؛ قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۲۱۸) اگرچه با توجه به رویه قانونگذار در تبعیت از نظریه مشهور در فقه، این استنباط و تسری قاعده به تمام عقود معاوضی و قراردادهای تعهد آور دور از انتظار نیست. ولیکن با توجه به وجود نظریه مخالف در منابع فقهی و تصریح به آن تنها در شروط ضمن عقد و بیع و اجاره، عدم صراحت در بیان قاعده کلی و فراگیر در همه عقود، زیان های ناشی از محدود نمودن متعهدله به پیمودن راه الزام به ایفاء تعهد بخصوص در فرض طولانی شدن فرآیند رسیدگی قضایی و پیش بینی ماده (۲۲۱) قانون مدنی به عنوان یک قاعده عمومی در قراردادها که مقرر می دارد؛ 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..... نمی توان از آنچه قانونگذار در این سه ماده قانونی در لزوم پیمودن راه اجبار متعهد به انجام موضوع تعهد مقرر داشته است یک قاعده کلی استنباط نمود تا در همه مواردی که نقض تعهد صورت گیرد متعهدله ابتدا باید راه اجبار و الزام متعهد به اجرای عین تعهد را بیسماید.

طبق نظریه مشهور فقهای امامیه براساس آیه شریفه «... اوفوا بالعقود...» و روایاتی چون «المؤمنون عند شروطهم...» و حکم عقل، وفای به عهد واجب است و مستلزم اجرای عین تعهد است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۳۶۷) این نظریه را فقیهانی چون شیخ انصاری، محقق کرکی، شهید ثانی، محمدحسن نجفی، نراقی، باین استلال پذیرفته اند که اجرای عین تعهد مبتنی بر توافق دو طرف، قواعد اخلاقی و شرعی، نظم عمومی و اثر مستقیم اصل لزوم وفای به





عهد است و اعمال حق فسخ و دیگر روش های جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد را منوط به تعذر اجبار متعهد نموده اند. ( کرکی، ۱۴۰۸:۴۲۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۴؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۶۶؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۱۸؛ نراقی، ۱۳۷:۱۴۱۷؛ صدر، ۱۴۰۰: ۶۴)

مبنای این نظریه و رویکرد فقهی که در بیشتر نظام های حقوقی اعمال می گردد توجه به خواست مشترک طرفین و انتظار دستیابی به هدف اولیه دو طرف در تشکیل قرارداد یعنی اجرای عین تعهد است. وفای به عهد و پایبندی به شروط و تعهدات مورد توافق، که در آیات و روایات نیز مورد تاکید قرار گرفته است مستلزم ایفاء عین تعهد است.

در فقه نظریه های دیگری نیز مطرح و طرفداران جدی دارد که در صورت تخلف از قرارداد و نقض عهد اجبار به ایفاء عین تعهد تنها ضمانت اجرا نیست و بر حسب مورد متعهدله می تواند اجبار به اجرای عین تعهد یا فسخ قرارداد و مطالبه خسارت را به عنوان امری عقلایی برگزیند. (شیخ طوسی، ۱۳۷۵: ۱۵۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۸۰؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۳۲۸؛ خویی، ۱۴۱۱: ۳۵۲؛ سیستانی، ۱۴۱۵: ۵۸). بطور مثال گفته شده است که مقتضای اطلاق عقد این است که ناقض قرارداد و ممتنع، اجبار می شود و در صورت عدم امکان اجبار، متعهدله حق فسخ عقد را دارد و حق اعمال فسخ قبل از الزام و اجبار متعهد هم بعید نیست و این حق اختصاصی به عقد بیع ندارد و در تمام عقود معاوضی قابل اعمال است. (خویی، ۱۴۱۳: ۴۳)

این نظریه و رویکرد نظامهای حقوقی مذکور، مبنی بر اصل بودن مطالبه اجرای عین تعهد و عدم امکان استفاده از دیگر روش های جبران خسارت برای متعهدله، اگرچه با هدف اولیه قرارداد و خواست مشترک طرفین انطباق دارد ولیکن با این ایراد مواجه است که در بسیاری از موارد با مصالح و منافع ذینفع قرارداد یعنی متعهدله در تغایر است و او را از روش های آسانتر و کم هزینه تر جبران خسارت محروم می نماید. به طور مثال، اگر خریدار ملکی در اثر امتناع فروشنده از حضور در دفتر اسناد رسمی و انتقال مبیع، صرفاً مکلف به طرح دعوی الزام به تنظیم سند بوده و نتواند براساس مصالح خود قرارداد را پس از امتناع فروشنده



فسخ و خسارت دریافت دارد، اطاله دادرسی و هزینه های مادی و معنوی مترتب بر آن و از دست دادن فرصت ها و موقعیت های برتر، در بسیاری از موارد زیان بیشتری از ارزش موضوع قرارداد را بر او تحمیل می نماید و کارایی و ارزش اقتصادی قرارداد را از بین می برد. علاوه بر این به لحاظ مبنایی نیز مطالبه اجرای عین تعهد از طریق دادگاه با صرف وقت و هزینه بالا و تاخیر زیاد در حصول نتیجه با خواست و هدف قراردادی و انتظار معقول متعهدله سازگار نیست.

## ۲. استثنای بودن حق مطالبه اجرای عین تعهد

در نظام کامن لا، اجرای عین تعهد بعنوان اصل پذیرفته نشده است و در مورد تعهداتی که موضوع آن وجه نقد نیست، اجرای عین قرارداد در موارد استثنایی امکان پذیر است (Lando, 2001: 350؛ kupelyants, 2012: 16).

در این نظام، در صورت نقض قرارداد، بر اساس قاعده سنتی دادگاههای کامن لا، الزام متعهد به اجرای عین تعهد قراردادی را نپذیرفته و تنها به جبران خسارت حکم می دهند زیرا قاعده این است که به محض نقض تعهد، متعهد له حق درخواست جبران خسارت دارد لیکن در دادگاههای انصاف، اجرای اجباری قرارداد تحت عنوان اجرای عین تعهد در مواردی که موضوع قرارداد مال غیر منقول یا کالای منحصر به فردی چون اثر هنری یا ترکه میت باشد مورد حکم قرار می گیرد. با وجود این، دادگاه ملزم به پذیرش و صدور حکم اجرای اجباری عین قرارداد نیست و با رعایت قیود و شرایطی رای به اجرای عین تعهد صادر می کند و بیشتر از دیگر طرق جبران خسارت، همانند جبران پولی و یا فسخ قرارداد، متعهد را وادار به اجرای تعهد می کنند (صفایی، ۱۳۹۰: ۱۳۵).

زیرا هدف اصلی آراء و تصمیمات محاکم در این نظام حقوقی، اجرای عدالت است و هر گاه به این نتیجه برسند که اجرای عین تعهد کاملترین شیوه تضمین عدالت است چنین تصمیمی را اتخاذ می نمایند (Cheshire & Fifoot, 1991: 628). برخی از حقوقدانان این نظام حقوقی الزام به اجرای عین تعهد را خشن و غیر منعطف دانسته و بر این باورند که چنانچه







بتوان از طریق دیگری، انتظارات متعهد له را برآورده نمود، باید از اجرای عین تعهد خودداری نمود (Gareth & William, 1986:24).

با وجود این در سال های اخیر در حقوق انگلیس که نماد حقوق کامن لا محسوب می شود نظریه و رویکرد استثنایی بودن اجرای اجباری موضوع تعهد و عدم امکان الزام به انجام عین تعهد، تعدیل و در برخی قوانین مانند قانون حقوق مصرف کننده مصوب سال ۲۰۱۵ ناظر به قراردادهای بین عرضه کننده و مصرف کننده ای که اهداف تجاری یا کسب و کار یا صنعتی و حرفه ای ندارد و موضوع آن فروش کالا، خدمات و محتوا و داده های دیجیتال است، دامنه رویه مبتنی بر انصاف را توسعه داده و در نتیجه متعهد له یا خریدار مخیر به درخواست اجرای اجباری موضوع تعهد یا اعمال فسخ و خاتمه دادن به قرارداد و مطالبه خسارت است و دادگاه می تواند بر اساس آن حکم به اجرای عین تعهد بدهد. چنانکه بند ۱ ماده (۵۲) قانون مذکور مقرر داشته است؛ در صورت نقض قرارداد دادگاه در صورتی مناسب بداند می تواند بر حسب شرایط حکم به اجرای عین تعهد قراردادی بدهد.

در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین نیز با وجود این که طبق ماده (۴۶) و (۶۲) حق درخواست الزام به انجام عین تعهد و تسلیم موضوع قرارداد تجاری پیش بینی شده است ولیکن در ماده (۲۸) منوط به وجود شروط و قیودی شده است که بر اساس آن هر گاه یکی طرف قرارداد حق درخواست اجرای عین تعهد را داشته باشد، قاضی در صورتی ملزم به پذیرش آن خواهد بود که بر طبق قانون کشور متبوع خود، در موارد مشابهی که تابع کنوانسیون نیست، حکم به اجرای عین تعهد صادر کند. (صفایی، ۱۳۹۰:۱۳۷).

بر اساس مقررات قانون یکنواخت بازرگانی آمریکا هر گاه قرارداد توسط متعهد نقض شود امکان اجرای اجباری عین قرارداد وجود ندارد. با این حال مطابق تفسیری که از بند ۱ ماده (۷۲۶-۲) این مقررات بعمل آمده است امکان اجرای عین تعهد در موارد استثنایی وجود دارد. بنابراین در صورتیکه کالای موضوع قرارداد چون عتیقه منحصر به فرد باشد دادگاه می تواند حکم به اجرای عین قرارداد را صادر نماید و همچنین در مواردیکه کالا توسط



سازنده خاص تولید میشود و متعهد له نمی تواند آن را از جای دیگری تهیه نماید، دادگاه می تواند به اجرای عین تعهد حکم دهد. (صفایی، ۱۳۹۰:۱۳۷).

بنابراین طبق قانون یکنواخت بازرگانی آمریکا و کنوانسیون بیع بین المللی کالا هرگاه متعهدله اجرای عین تعهد را درخواست نماید دادگاه ملزم به پذیرش نیست بلکه ممکن است آنرا بپذیرد و یا رد کند. (صفایی، ۱۳۹۰:۱۳۶)

مطابق ماده (۵۲) قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ انگلیس هرگاه نقض قرارداد از سوی فروشنده (متعهد) بعمل آید، و خریدار (متعهد له) خواستار اجرای عین تعهد باشد، در این صورت، باید درخواست جبران خسارت و اجرای عین تعهد را به دادگاه تسلیم نماید. در صورتیکه موضوع تعهد عین معین باشد و آنرا منصفانه تشخیص دهد، متعهد را به اجرای عین تعهد ملزم خواهد کرد.

( Jafarzadeh,2001:22). البته در حال حاضر با اصلاح این ماده طبق قانون حقوق

مصرف کننده سال ۲۰۱۵ در موارد بیشتری امکان صدور حکم به اجرای عین تعهد وجود دارد.

بنابراین در حقوق انگلیس همانند مقررات UCC و همچنین کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ دادگاه در پذیرش و یا رد اجرای عین تعهد مختار است اگر چه نحوه و نوع بررسی دادگاه متفاوت است. زیرا در مقررات UCC هنگامیکه کالا منحصر به فرد باشد دادگاه می تواند حکم به اجرای عین قرارداد صادر نماید و در کنوانسیون، دادگاه به قانون متبوع خود رجوع نموده و بر مبنای آن درخواست اجرای عین تعهد را می پذیرد و یا رد می کند در حالیکه در حقوق انگلیس معیار ارزیابی اجرای عین تعهد، قواعد انصاف است و چنانچه دادگاه آنرا منصفانه تشخیص دهد تقاضا را می پذیرد و در غیر اینصورت رد می کند. به همین جهت قاضی می تواند با توجه به اوضاع و احوال موجود، تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید. بنابراین در صورت دشواری اثبات خسارت یا تعیین میزان آن یا ناتوانی متعهد از





پرداخت خسارت به دلیل ورشکستگی، با رعایت عدالت و انصاف به اجرای عین تعهد حکم داده می شود (corbin, 1983:117).

این نظریه و رویکرد مبتنی بر صرفه و کارآیی اقتصادی و سهولت جبران خسارت متعهدله و قواعد کهن کامن لای یعنی عدالت و انصاف است و با مبنای توافق طرفین یعنی انتظار تحقق هدف اصلی و اولیه قرارداد و اجرای عین تعهد و دستیابی به خواست مشترک سازگار نیست.

### ۳. آزادی اختیار متعهد له در انتخاب روش مقابله با نقض قرارداد

هر دو نظریه و رویکرد مورد بحث از جهتی قابل ایراد است. الزام به اجرای عین تعهد اگرچه با هدف اصلی و نهایی طرفین و جوهره قرارداد و اصل لزوم پابندی به مفاد قرارداد منطبق است ولیکن در صورت عدم ایفاء تعهد بوسیله متعهد، الزام قانونی متعهدله بر پیمودن راه اجبار و منع از توسل به دیگر روش های جبران خسارت در بسیاری از موارد باعث اتلاف وقت، صرف هزینه سنگین و عدم جبران مناسب خسارت ناشی از نقض قرارداد بدلیل طولانی شدن روند دادرسی و از دست رفتن مطلوبیت قرارداد می گردد که مورد خواست مشترک و انتظار اولیه دو طرف نبوده و بر خلاف اصل حسن نیت است و لزوم پابندی به قرارداد تا جایی است که از هدف اصلی اولیه خارج نشود.

از سویی اصالت بخشیدن به دیگر روش های مقابله با نقض قرارداد و جبران خسارت وعدم پذیرش روش اجبار به انجام موضوع تعهد به عنوان اصل و قاعده اولیه و استثنایی تلقی نمودن آن، اگرچه در خیلی از موارد با سهولت و سرعت بیشتر و هزینه کمتر متعهدله را به هدف ثانویه خود یعنی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد می رساند ولیکن با روح قرارداد و هدف اولیه که اجرای عین تعهد است مغایرت دارد. و در مواردی انجام عین تعهد بهترین و مناسب ترین روش تامین منافع قراردادی متعهد له است.

براین اساس جمع دو نظریه به این است که در صورت تخلف و نقض قرارداد به جای الزام قانونی متعهدله به برگزیدن راه اجبار متعهد به اجرای عین تعهد و یا سد نمودن این راه و بسنده نمودن به مطالبه خسارت یا دیگر روش های جبران، متعهدله از حق انتخاب اجرای



عین تعهد یا مطالبه جبران خسارت به یکی از روش های مناسب به موازات برخوردار باشد تا در صورت امکان و نبود مانع و لحاظ صرفه و صلاح خود حق اجبار و الزام متعهد را به انجام عین موضوع داشته و دادگاه مکلف به رسیدگی باشد و چنانچه بدلیل عدم امکان اجبار، وجود مانع، بیم طولانی شدن فرآیند رسیدگی و اتلاف وقت و افزایش هزینه، از اجرای عین تعهد صرف نظر و قرارداد را فسخ و مطالبه خسارت نماید دادگاه این خواسته را مورد رسیدگی قرار دهد و ضمن تنفیذ فسخ متعهد را محکوم به جبران خسارت وارده نماید.

این نظریه و رویکرد مبتنی بر آن، در کنوانسیون بیع بین المللی کالا سال ۱۹۸۰ وین، اصول قرارداد های تجاری بین المللی سال ۱۹۹۴ و آخرین ویرایش آن در سال ۲۰۱۶، اصول اروپایی حقوق قراردادها، پیش نویس قانون بیع مشترک اروپایی، قانون حقوق مصرف کننده سال ۲۰۱۵ انگلیس، قانون مدنی آلمان در سال ۲۰۰۲، قانون مدنی جدید هلند (Busch, & Al, 2002:27) اصلاح قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ )

( Rowan, 2017:1-16 )، قانون مربوط به قراردادها در چین در سال ۱۹۹۹ ) Draft ( Wilhelmsson, 2001:24 )، پیش نویس چارچوب مشترک مرجع موسوم به ( Common Frame of Reference (DCFR) سال ۲۰۰۹ که به منظور یکنواخت کردن حقوق خصوصی و قانون مدنی اروپا در گروه حقوق خصوصی اتحادیه اروپا تهیه شده است مورد توجه و پذیرش قرار گرفته است ( Beale, 2005:10 ) .

در ماده (۱-۲-۷) اصول قراردادهای تجاری بین المللی راجع به تعهدات پولی آمده است؛ در صورتی که طرف متعهد به پرداخت پول در اجرای تعهد خود کوتاهی کند طرف دیگر می تواند الزام او به پرداخت پول را از دادگاه بخواهد. و در ماده (۲-۲-۷) در خصوص تعهدات غیر پولی، به متعهد له حق مطالبه اجرای عین تعهد جز در موارد خاصی چون تعذر متعهدله پیش بینی شده است. در مواد (۹:۱۰۱) تا (۹:۱۰۳) اصول اروپایی حقوق قراردادها، ماده (۱:۱۰۳) و (۳:۳۰۱) و (۳:۳۰۲) پیش نویس چارچوب مشترک مرجع، ماده (۴۶) و (۶۲) کنوانسیون بیع بین المللی و ماده (۵۲) اصلاحی قانون بیع کالای انگلیس مصوب سال





۲۰۱۵ (قانون حقوق مصرف کننده) نیز همین حق برای متعهدله قرارداد نقض شده پیش بینی گردیده است. ولیکن در همه اینها از قاعده خشک عدم امکان اجبار و الزام متعهد عدول و در عرض استفاده از دیگر روش های جبران خسارت این حق نیز به متعهدله داده شده است و این ذینفع و متعهدله قرارداد است که مخیر است و تصمیم می گیرد که راه اجبار و الزام به اجرای عین تعهد را در موارد ممکن انتخاب کند و یا روش دیگری را برای جبران خسارت و رسیدن به اهداف مورد نظر از قرارداد مذکور برگزیند و در هر حال دادگاه باید به خواسته او رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید مگر این که به هر دلیل درخواست خواهان با یکی از موانعی که در پی مورد بررسی قرار می گیرد روبرو شود.

این نظریه به لحاظ مبنایی و تامین هدف قراردادی دو طرف، در حقوق ایران نیز قابل پذیرش است و می تواند باعث تغییر رویکرد قانونگذار و رویه قضایی در قبول حق انتخاب متعهدله برای برگزیدن ساده ترین، مناسب ترین، سریعترین و ارزانترین روش مقابله با نقض قرارداد و یا جبران خسارت گردد تا از طرفی همسو با اهنگک جهانی تحول در قوانین و رویه قضایی حاکم بر نقض قرارداد یعنی پذیرش حق انشخاب روش جبران خسارت و مقابله با نقض قرارداد شود و از طرف دیگر با واقعیات موجود در عرصه رسیدگی به انواع دعاوی در دادگستری و از دست رفتن مزیت اجرای عین تعهد و بعضاً بی ارزش شدن آن بدلیل طولانی بودن فرآیند رسیدگی، از دست رفتن فرصت تهیه جایگزین موضوع قرارداد و مانند آن سازگاری یابد. زیرا که اولاً - بر اساس مبانی فقهی در همه جا و همه موارد، اجبار متعهدله به الزام متعهدله اجرای عین تعهد، نمی تواند منجر به جبران خسارت شود (خویی، ۱۳۶۶: ۳۹۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۱: ۲۸۱؛ روحانی، بی تا: ۳۰۲). بعلاوه در قرارداد های معوض تعهد طرفین به یکدیگر وابسته است و با امتناع یا عدم انجام یکی، طرف دیگر باید بتواند خود را از قید تعهد آزاد کند و مجبور به پیمودن راه اجبار ممتنع نباشد. ثانیاً - الزام متعهدله به پیمودن راه اجبار بخصوص در سیستم قضایی کشورهایی چون ما که طولانی و هزینه بر است باعث از دست رفتن فرصت و تحمل خساراتی است که در مواردی منجر به عسر و



حرجی می شود که در فقه از جمله دلایل و اصول برداشته شدن و منتفی شدن حکم تلقی شده است. ثالثاً - برای متعهد با سوءنیت فرصت مخفی نمودن یا انتقال اموال خود یا اطلاع دادرسی و در نهایت زیان بیشتر متعهدله را فراهم می کند (مقدم، ۱۳۷۷: ۱۲۷). رابعاً - با اصل سرعت در روابط اقتصادی بویژه در عرصه بین المللی مغایرت دارد.

#### ۴. موانع الزام به اجرای عین تعهد

الزام به اجرای عین تعهد، صرف نظر از این که بعنوان اصل یا استثناء پذیرفته شود، در مقام اعمال ممکن است با دو دسته از موانع و محدودیت ها روبرو شود که عملاً اجبار به انجام عین تعهد ممکن نباشد و نقض قرارداد ناگزیر به روش دیگری جبران شود. این موانع یا ناشی از وضعیت خاص قرارداد است و یا ناشی از شرایط و اوضاع و احوال پدید آمده است.

#### ۴-۱. موانع ناشی از وضعیت خاص قرارداد

در قراردادهای زیر بدلیل وضعیت خاص قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد ممکن نیست

۴-۱-۱. قراردادهای قائم به شخص: چنانچه اجرای قرارداد قائم به شخص متعهد باشد و او قرارداد را نقض نماید اجرای عین تعهد با مانع روبرو می شود. چنانکه در انجام عملی چون خیاطی، رنگرزی، طراحی و خلق یک اثر هنری و جراحی، مباشرت شخص شرط شده باشد، با نقض قرارداد و عدم امکان اجبار متعهد اجرای عین تعهد متعذر گردیده و متعهد له ناگزیر از فسخ قرارداد و مطالبه جبران خسارت به طریق مناسب دیگر است. (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۸۵؛ خویی، ۱۳۶۸ ش: ۳۸۱؛ خمینی، ۱۳۶۸ ش: ۲۲۵)

در بند "د" ماده (۷-۲-۲) اصول قرارداد های تجاری بین المللی ویرایش چهارم سال ۲۰۱۶ پیش بینی شده است که چنانچه اجرای تعهد از یک ویژگی منحصر شخصی برخوردار باشد، درخواست اجرای عین تعهد منتفی است و دادگاه چنین حکمی صادر نمی کند. در اصول حقوق قراردادهای اروپا، بر اساس بند ۲ ماده (۹:۱۰۲) اجرای عین تعهد در





فرضی که اجرا مقید به ارائه خدمات شخصی یا اقدامی باشد که مبتنی بر ویژگی شخصی و یا بر مبنای یک رابطه شخصی باشد قابل پذیرش نیست. در قسمت ج بند ۳ ماده (۳:۳۰۲) پیش نویس چارچوب مشترک نیز یکی از موانع الزام به عین تعهد را موردی دانسته که؛ اجرا از چنان ویژگی شخصی برخوردار باشد که الزام به آن نا متعارف باشد. براساس ماده (۱۱۴۲) قانون مدنی فرانسه هر تعهد بر فعل یا ترک فعلی در صورت عدم اجرا از سوی متعهد قابل تبدیل به خسارت است و دیوان تمیز فرانسه در مقام تفسیر این ماده اعلام می دارد که ماده مذکور در خصوص مواردی است که اجبار به اجرای عین تعهد امکان پذیر نباشد مثل اینکه تعهد قائم به شخص باشد (Nicholas, 1982:214).

در حقوق انگلیس نیز در مواردی که انجام تعهد به مباشرت و شخصیت متعهد وابسته است مانند نقاشی یا طبابت یک فرد خاص، حکم به اجبار متعهد را غیر عملی یا مغایر با آزادی و حقوق شخصیت متعهد می دانند (lando,2001 : 351)

بخش ۱۶ قانون روابط کارگری انگلیس مصوب ۱۹۶۹ رای به اجبار اجرای عین تعهد را در چنین تعهداتی منتفی می داند، زیرا اجرای عین تعهد را علیه کارگر، مداخله ناعادلانه در آزادی شخص او محسوب می کند و بر پایه همین طرز تفکر، دادگاههای انگلیس نمی توانند حکم به اجبار اجرای عین تعهدات مستخدم را صادر کنند (Guest,1989:984).

در حقوق ایران نیز با توجه به مواد (۲۳۹) و (۲۶۸) قانون مدنی، قراردادهایی که به لحاظ خصوصیت، شخصیت و مهارت طرف عقد منعقد شده است، در صورت عدم انجام تعهد و یا نقض قرارداد توسط متعهد، دادگاه ابتدا الزام به اجرای عین تعهد را می پذیرد لیکن در فرضی که متعهد حکم دادگاه را اجرا نکند، اجبار وی امکان پذیر نیست. بعنوان مثال پزشکی که مطابق قرارداد مکلف به اجرای یک جراحی است در صورت نقض قرارداد و صدور حکم دادگاه مبنی بر الزام به اجرای تعهد، در صورتیکه در مقابل اجرای حکم دادگاه مقاومت نماید و از انجام جراحی امتناع ورزد، عملاً اجرای عین تعهد امکان پذیر نخواهد بود. در روابط زوجین نیز تمکین زوجه علیرغم صدور حکم دادگاه قابلیت اجرای عین تعهد



را ندارد زیرا در هر دو مثال، مباشرت متعهد در حقیقت قسمتی از مورد تعهد را تشکیل می دهد که به این ترتیب اجرای عین تعهد بدون مباشرت متعهد ممکن نیست (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۱۴).

۲-۱-۴. قراردادهای مستلزم نظارت مستمر: در برخی قراردادها تکالیف مستمر و ثابتی بر عهده متعهد گذاشته می شود. در این فرض اگر متعهد از انجام تعهداتش امتناع ورزد و متعهد له خواستار اجرای عین تعهد گردد، به لحاظ نوع قرارداد امکان اجرای عین تعهد وجود ندارد زیرا اجرای عین تعهد مستلزم نظارت مستمر محاکم نیز می باشد و این اقدام امکان پذیر نیست. (شعبانی، ۱۳۸۵: ۴۳) به همین دلیل در حقوق انگلیس در دعوی Mutual "tontine association v. Ryan" در سال ۱۸۹۳ تقاضای اجرای عین تعهد در قراردادی که حضور یک نفر نگهبان از طرف دادگاه جهت نظارت مستمر در یک آپارتمان لازم بوده توسط دادگاه رد شد (Trietle, 1995:93).

۳-۱-۴. قراردادهای مقاطعه کاری (ساخت و ساز): در حقوق انگلیس بر اساس رویه کلی عدم اجرای عین تعهد در صورت تخلف پیمانکار حکم به اجرای عین تعهد داده نخواهد شد. با این استدلال که ممکن است مالک ساختمان برای اتمام پروژه و اجرای کامل قرارداد، پیمانکار دیگری را به کار بگمارد یا تعهدات پیمانکار به قدری مبهم باشد که نتواند اجرا نماید (treitel, 1995:932). در حقوق ایران هر گاه متعهد از اجرای تعهد خودداری نماید، متعهد له به دستور ماده (۲۳۷) ق.م.ابندا باید متعهد را ملزم به اجرای شرط نماید، در صورتیکه متعهد مفاد حکم دادگاه را اجرا نکند بر اساس ماده (۲۳۸) ق.م. دادگاه به هزینه متعهد موجبات انجام عین تعهد را بوسیله شخص ثالثی فراهم می سازد بنابراین در فرضی که موضوع تعهد، احداث ساختمان مطابق نقشه معین باشد، دادگاه بوسیله شخص دیگری، عین تعهد را اجرا و هزینه آنرا از اموال متعهد وصول خواهد کرد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۴۷).

در فقه نیز نظر مشهور بر این است که از مجموع آیات و روایات مربوطه از جمله «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» وجوب شرعی وفا به تعهد استنباط می شود. (انصاری،







۱۴۱۰: ۲۴) بنابراین در اینگونه قراردادها در وهله اول متعهد ملزم به اجرای عین تعهد و یا تکمیل تعهد است و در وهله دوم در صورت ممانعت از اجرای عین تعهد، با هزینه وی، تعهد موضوع قرارداد توسط شخص ثالثی به اجرا در خواهد آمد. البته با فرض این که قانونگذار ایرانی رویکرد خود را در لزوم اجرای اجبار به انجام تعهد تغییر دهد و متعهد له را مختار به انتخاب هر روشی که منافع او را بهتر تامین می نماید بداند، در این مورد نیز همین رویکرد قابل اعمال است.

۴-۱-۴. قراردادهای قابل تجزیه: برخی از قراردادها دارای اجزای مختلف و قابل تجزیه هستند و اجرای تعهد هر بخشی می تواند بطور مجزا موضوع حکم قرار گیرد و چنانچه بخشی از قرارداد غیر قابل اجرا باشد دادگاه می تواند به جای اجرای عین تعهد، جبران پولی را مورد حکم قرار دهد و در نتیجه بخشی از قرارداد عیناً اجرا می شود و بخش دیگری بوسیله مبلغی پول، جبران خواهد شد (Treitel, 1995: 932)

بنابراین اگر خواسته خواهان، الزام به اجرای عین تعهد و مطالبه خسارات ناشی از تاخیر در اجرای تعهد باشد دادگاه خواننده را نسبت به بخشی که قابلیت اجرای اصل تعهد را دارد محکوم می نماید و بابت خسارات تاخیر در اجرای تعهد نسبت به بخشی که امکان اجرای عین تعهد وجود ندارد طبق نظر کارشناس و با تعیین مبلغ خسارات وارده، حکم به جبران پولی خسارت را صادر خواهد کرد.

۴-۱-۵. عدم تعادل بین عوضین: در عقود معوض، تعادل نسبی بین عوضین برقرار است. در غیر این صورت مغبون می تواند به استناد خیار غبن معامله را فسخ نماید یا با صرف نظر از فسخ، اجرای عین تعهد را بخواهد. با وجود این، چنانچه متعهدله از آگاهی و موقعیت برتر برخوردار بوده در صورت نقض قرارداد توسط طرف مقابل، نمی تواند اجرای عین تعهد را مطالبه کند و دادگاه حکم به اجرای عین تعهد نخواهد داد (treitel, 1995: 925). در حقوق ایران و فقه اسلامی خیار غبن بعنوان یکی از ضمانت اجراهای بر هم خوردن تعادل نسبی عوضین پذیرفته شده و مغبون یا معامله را به استناد خیار غبن فسخ می کند و یا با همان شرایط



و وضعیت می پذیرد و در این حالت می تواند تقاضای اجرای عین تعهد را از متعهد بخواهد.  
(انصاری، ۱۳۷۵: ۲۳۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۲)

#### ۲-۴. موانع ناشی از پیدایش شرایط خاص:

۱-۲-۴. زیان شدید: در مواردی که ایفای عین تعهد منجر به زیان شدید متعهد گردد دادگاه از صدور حکم به اجرای عین تعهد خودداری می نماید. چنانچه دادگاههای انگلیس در دعوی "Patel v. Ali" به دلیل اینکه خوانده دعوا مبتلا به بیماری سختی بوده و به ناچار می بایست در نزدیک خویشاوندان خود زندگی می کرد، تقاضای خواهان مبنی بر تخلیه ساختمان خریداری شده را نپذیرفت و تنها حکم به جبران خسارت داد. زیرا از نظر دادگاه اجرای عین تعهد بر اساس قواعد انصاف زیان شدیدی را بر خوانده تحمیل می کرد (treitel, 1995: 924).

به موجب بند ب ماده (۲-۲-۷) اصول قرارداد های تجاری بین المللی، چنانچه الزام به اجرای تعهد بطور غیر متعارف سنگین یا پر هزینه شود، حکم به اجرای عین تعهد منتفی است. یا در صورتی که بروز حوادثی تعادل قرارداد را به طور اساسی برهم زند یا هزینه اجرای تعهد افزایش یابد یا بر عکس ارزش دریافتی یک طرف کاهش یابد، طبق ماده (۲-۶-۲) همین اصول حکم به اجرای عین تعهد صادر نمی گردد.

بر اساس بند ۲ ماده (۹:۱۰۲) اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز هر گاه اجرای عین تعهد منجر به زحمت یا تحمیل هزینه نامتعارف بر متعهد گردد، اجرای عین تعهد امکان پذیر نخواهد بود.

در حقوق ایران بر اساس ماده (۲۳۷) قانون مدنی متعهد ملزم به انجام تعهد است و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده و تقاضای اجبار وی به اجرای اصل تعهد را خواستار شود. به عبارت دیگر در حقوق ایران تحمیل زیان شدید به متعهد مانع اجرای عین تعهد نخواهد شد مگر در مواردی که قانون یا توافق طرفین یا دادگاه تعدیل در قرارداد را پذیرفته و در مقام تعدیل و تجدید نظر متعهد را از اجرای عین تعهد معاف





دارد. چنانکه در ماده (۶۵۲) قانون مدنی به دادگاه اجازه داده شده است در صورت عسر و حرج متعهد مهلت عادلانه داده یا با تقسیط بدهی موافقت نماید.

۲-۲-۴. ممنوعیت قانونی: چنانچه اجرای عین موضوع تعهد پس از تشکیل عقد بموجب قانون ممنوع شود دادگاه حکم به اجرای اصل تعهد نخواهد داد. قسمت الف بند ۲ ماده (۹-۱۰۲) اصول حقوق قراردادهای اروپا غیر قانونی بودن اجرا را یکی از موانع اجرای عین تعهد اعلام می‌دارد. برخی مثالهایی که در منابع فقهی آورده شده است بدون اشاره به قاعده کلی در این خصوص، به حق فسخ قرارداد توسط متعهد له تصریح دارد (خمینی، ۱۳۶۸: ۲۲۵). در حقوق ایران نیز هر گاه انجام امری توسط قانون ممنوع شود حتی اگر این ممنوعیت موجب بی اعتباری قرارداد نشود باز هم اجرای عین تعهدات قراردادی، به لحاظ قانونی ممنوع و دادگاهها به اجرای اصل تعهد حکم نخواهند داد. بنابراین هر گاه اجرای یک پروژه نیازمند وارد کردن قطعات و مواد اولیه خاصی باشد و بر اساس قوانین جاری ورود قطعات مذکور و یا مواد اولیه مورد نیاز ممنوع اعلام شود بدون تردید اجرای اصل تعهدات ناشی از قرارداد با ممنوعیت قانونی مواجه می‌شود و همچنین هر گاه نقل و انتقال نوع خاصی از اموال اعم از منقول و غیر منقول به موجب مقررات قانونی ممنوع گردد، این ممنوعیت سبب ایجاد مانع برای اجرای عین تعهد خواهد شد. به همین دلیل ماده (۵۶) قانون اجرای احکام مدنی ایران اعلام می‌دارد: "هر گونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است".

۳-۲-۴. تقدم شخص ثالث نسبت به موضوع قرارداد: در فرضی که شخص ثالثی نسبت به موضوع قرارداد بر متعهد له مقدم شود، حق اجرای عین تعهد قابل اعمال نیست (Lando, 2000: 394).

در حقوق ایران هر گاه موضوع تعهد بدلیل تامین خواسته متعلق حق شخصی ثالثی قرار گیرد دادگاه نسبت به اجرای اصل تعهد حکم صادر نمی‌نماید. طبق ماده (۱۴۸) قانون اجرای احکام مدنی هر گاه مال موضوع تعهد، در رهن یا وثیقه ثالثی قرار گرفته باشد وی نسبت به سایر اشخاص حق تقدم دارد و اثر تامین خواسته ایجاد حق تقدم برای خواهانی است که



تامین به نفع او انجام شده است. (شمس، ۱۳۸۸: ۱۳۷) در نتیجه هر گاه مال یا اموالی موضوع تعهد قرار گرفته باشد که بنا به دلایل فوق، شخص ثالثی بر آن اموال حق تقدم داشته باشد به دلیل تقدم شخص ثالث نسبت به موضوع قرارداد عملاً اجرای عین تعهد امکان پذیر نخواهد بود.

۴-۲-۴. عدم اجرای عین تعهد در مدت مقرر یا مدت متعارف: در برخی از قراردادها ممکن است برای مطالبه اجرای عین تعهد مدت زمانی در نظر گرفته شده باشد و یا مطالبه اجرای اصل تعهد را منوط به رعایت مدت زمان متعارف نموده باشند. در این صورت هر گاه متعهد له در زمانهای مذکور اجرای اصل تعهد را تقاضا نکرده باشد و متعهد نیز رسماً نسبت به اجرای تعهد اقدام ننموده باشد دادگاه حکم به اجرای اصل تعهد نخواهد داد. زیرا اجرا مقید به مطالبه در زمان تعیین شده است. چنانکه در قراردادی صاحب تالار متعهد به آماده سازی آن برای برگزاری مجلسی در روز و ساعت معین در برابر مبلغ معینی شده باشد، در صورتی که به هر دلیلی در زمان مقرر نتواند تالار را در اختیار متقاضی قرارداد دهد، اجرای عین تعهد در زمان دیگر مطلوب متعهد له نبوده و ناگزیر برای جبران خسارت باید از روش های دیگری غیر از تقاضای اجرای عین تعهد استفاده نماید (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۵).

قسمت سوم بند ۲ ماده (۹-۱۰۲) اصول حقوق قراردادهای اروپا اعلام می دارد که هر گاه اجرا مقید به اقدام خاصی باشد و این قید تحقق نیافته باشد اجرای عین تعهد امکان پذیر نخواهد بود. بر اساس ماده (۲-۲-۷) اصول قراردادهای تجاری بین المللی نیز، اگر چه حق الزام متعهد برای اجرای تعهدات غیر پولی پیش بینی شده است، اما در صورت عدم مطالبه در مدت متعارف این امکان منتفی است. البته در این صورت بار اثبات تاخیر درخواست و خارج از زمان متعارف بر عهده متعهد است (Varul, 2008:109).

در ماده (۳۳) کنوانسیون بیع بین المللی و ماده (۳-۲۹) قانون خرید و فروش کالا سال ۱۹۷۹ در انگلیس و ماده (۲-۳-۹) مقررات یکنواخت بازرگانی آمریکا به ضرورت اجرای





تعهد در زمان مقرر یا مدت معقول اشاره شده است که متعهد عین موضوع تعهد را با رعایت جمیع شرایط از جمله زمان و مکان محقق سازد (شعبانی، ۱۳۸۵: ۳۶).

۲-۴. اجرای متقابل: جایی که اجرای عین تعهد مستلزم اجرای تعهد طرف مقابل است، اجرای اصل تعهد با مانع مواجه می شود زیرا اجرای هر کدام از تعهدات منوط به اجرای تعهد دیگر خواهد بود. بنابراین در این گونه موارد دادگاه از صدور حکم به اجرای عین تعهد به تقاضای یکی از طرفین خودداری می نماید مگر اینکه بتواند به درخواست طرف مقابل نیز ترتیب اثر دهد. بر این اساس طرفی که عهده دار ارائه خدمات شخصی یا اجرای وظایف مستمری می باشد نمی تواند مطالبه اجرای عین تعهد را بخواهد چرا که چنین اجرایی علیه یکی از طرفین قابل پذیرش نیست.

چنانکه در دعوی دادگاه استدلال نمود اگر الف با دادن اجاره زمین به شخص ب و ساخت آن توسط وی موافقت نماید، نمی توان صرفاً شخص ب را ملزم به احداث نمود اما می توان اجرای عین تعهد الف را خواستار شد تا با تحویل زمین، شخص ب نیز نسبت به اجرای عین تعهد مکلف شود. (Treitel, 1995: 939)

در حقوق ایران، علاوه بر حق حبس که اساساً مبتنی بر اصل همبستگی عوضین است و یک نوع ضمانت اجرایی است که طرف مقابل را وادار به اجرای تعهد می نماید، در موارد متعددی که اجرای تعهد یکی از طرفین وابسته به اجرای تعهد طرف مقابل است، دادگاه حکم به اجرای اصل تعهد نخواهد داد. بنابراین اگر کارفرما تعهد نماید زیر ساخت جاده را آماده کند تا سپس پیمانکار آنرا آسفالت نماید، بدیهی است که اجرای تعهد پیمانکار منوط و وابسته به اجرای تعهد کارفرماست، لذا کارفرما قبل از اینکه زیر سازی جاده را آماده نماید نمی تواند اجرای عین تعهد را از پیمانکار مطالبه کند. در نتیجه در چنین مواردی اجراهای وابسته و متقابل مانعی برای اجرای اصل تعهد توسط یکی از طرفین می شود. در حقوق ایران براساس مواد (۳۷۷) و (۱۰۸۵) قانون مدنی و (۳۷۱)، (۳۹۰) و (۵۳۳) قانون تجارت در پاره ای از عقود اعم از معوض و غیر معوض چون نکاح با لحاظ شرایطی به هر دو طرف یا یکی



از ایشان حق داده است تا دریافت عوض مورد تعهد خود یا حاضر شدن طرف دیگر برای تسلیم این عوض، از تسلیم یا انجام مورد تعهد خودداری نماید (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۵۵). در منابع فقهی نیز، در مواردی که یکی از دو طرف قرارداد و عقدی چون نکاح از انجام تعهدات قراردادی خود امتناع می ورزد، حق حبس برای طرف مقابل پذیرفته شده است (خویی، ۱۴۱۴: ۳۱۰).

### نتیجه گیری

۱. هدف از تشکیل قرارداد، تحقق خواست مشترک طرفین و ایفاء تعهدات ناشی از آن است و در صورت نقض، در نظام حقوقی رومی - ژرمنی، حقوق ایران به تبعیت از نظریه مشهور در فقه و برخی دیگر از کشورها، الزام متعهد به اجرای عین تعهد، بعنوان یک اصل و ضمانت اجرای اساسی شناخته شده و متعهدله صرفاً در صورت عدم امکان اجبار متعهد، می تواند اقدام به فسخ و مطالبه خسارت نماید.

۲. در نظام حقوقی کامن لا از دیر باز بر اساس یک قاعده سنتی، اجبار به اجرای عین تعهد بعنوان استثناء و تنها در موارد خاص پذیرفته شده است و متعهدله بر حسب مورد، مجاز به انتخاب دیگر روش های جبران خسارت اعم از فسخ و گرفتن خسارت و یا جایگزین مناسب دیگر است. در این نظام حقوقی هر چند دادگاه های انصاف بر مبنای قواعد انصاف در مواردی حق الزام به اجرای عین تعهد را نسبت به متعهدله پذیرفته و آراییی نیز صادر کرده اند ولیکن عمومیت نیافته و همچنان استثناء محسوب می شود.

۳. با توجه به ایراداتی که بر هر دو نظریه و رویکرد مذکور وارد است، دادن آزادی عمل و حق انتخاب مناسب ترین وسیله دستیابی به هدف قراردادی و تامین منافع متعهدله از جمله درخواست اجرای عین تعهد یا فسخ و جبران خسارت یا تبدیل و تعویض آن به لحاظ مبنایی و کارآیی اقتصادی ترجیح دارد. چنانکه اسناد بین المللی نوین چون اصول قرارداد های تجاری بین المللی ویرایش ۲۰۱۶، اصول اروپایی حقوق قراردادها، پیش نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع و نیز در اصلاحات قانون مدنی فرانسه ۲۰۱۶، قانون مدنی





هلند، آلمان و قانون حقوق مصرف کننده ۲۰۱۵ انگلیس، این حق انتخاب برای متعهد له در مقابله با نقض قرارداد و جبران خسارت پذیرفته شده است.

۴. با توجه به این که در بسیاری موارد فرآیند الزام به اجرای عین تعهد، بدلالی چون طولانی بودن روند رسیدگی قضایی، صرف وقت زیاد و هزینه سنگین دادرسی، متعهدله را از هدف قراردادی و مطلوبیت اقتصادی و حصول نتیجه مورد انتظار محروم یا دور می سازد و به لحاظ مبانی فقهی نیز چنانکه برخی فقیهان اشاره داشته اند منعی ندارد، در حقوق ایران بازنگری در مواد قانونی که ناظر به لزوم اجبار به اجرای عین تعهد است و دادن حق انتخاب شیوه جبران خسارت بر حسب مورد به متعهدله و همسویی با آهنگ جهانی در این باره ضرورت دارد.

۵. الزام به اجرای عین تعهد، صرف نظر از این که بعنوان اصل یا استثناء یا اختیار پذیرفته شود ممکن است با دو دسته از موانع و محدودیت های ناشی از وضعیت و ماهیت خاص تعهد یا اوضاع و احوال پس از عقد مواجه گردد.

## منابع

۱. اخلاقی، بهروز؛ امامی، فرهاد، ۱۳۸۵ش، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، تهران، موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهردانش.
۲. امامی، سید حسن، ۱۳۶۸ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه، ج ۱، چ ۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۹ش، حقوق تعهدات، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲.
۴. داراب پور، مهرباب، ۱۳۷۹ش، ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد، مجله تحقیقات حقوقی تهران، دفتر خدمات حقوقی بین الملل، ش ۲۹.
۵. دیوید، رنه، نظامهای حقوقی معاصر، ترجمه صفایی، آشوری و عراقی، ۱۳۶۴ش، تهران، انتشارات مرکز نشر دانشگاهی، چ ۱.



۶. رنجبر، مسعود رضا، ۱۳۸۷ش، تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد، تهران، انتشارات میزان، چ ۱.

۷. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، ۱۳۸۹ش، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، تهران، انتشارات فروزش، چ ۱.

۸. شعبانی، قاسم، ۱۳۸۵ش، تعیین خسارت در قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات اطلاعات، چ ۱.

۹. شمس، عبدالله، ۱۳۸۸ش، آئین دادرسی مدنی دوره بنیادین، تهران، انتشارات دراک، ج ۳، چ ۶.

۱۰. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳ش، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چ ۴.

۱۱. \_\_\_\_\_ ۱۳۸۳ش، حقوق مدنی ۳ تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چ ۴.

۱۲. \_\_\_\_\_ ۱۳۸۳ش، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ج ۳، چ ۲.

۱۳. صفایی، سید حسین و دیگران، ۱۳۹۰ش، حقوق بیع بین المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۳.

۱۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ۱۳۷۶ش، تهران، انتشارات شرکت انتشار، ج ۳، چ ۲.

۱۵. مقدم، مقصود، ۱۳۷۷ش، پایان نامه «اجرای اجباری تعهدات ناشی از قرارداد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، با راهنمایی اسداله امامی، دانشگاه امام صادق.

عربی

۱۶. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۰ق، مکاسب، بیروت، موسسه نعمان، ج ۱.

۱۷. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۹ق، الحدائق الناضره، بیروت، دارالاضواء، ج ۱۹، چ ۲.

۱۸. حلی، علامه حسن بن یوسف، ۱۴۲۰ق، التحریر، قم، موسسه آل بیت ج ۱.







۱۹. خمینی، روح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، قم، موسسه نشر آثار امام، ج ۵.
۲۰. \_\_\_\_\_، ۱۳۶۸ش، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، ج ۴.
۲۱. خوبی، ابوالقاسم، ۱۴۱۱ق، مصباح الفقاهه، قم، اسماعیلیان، ج ۵.
۲۲. \_\_\_\_\_، ۱۳۶۸ش، مصباح الفقاهه، قم، انتشارات وجدانی، ج ۷، چ ۱.
۲۳. \_\_\_\_\_، ۱۴۱۳ق، منهاج الصالحین، بیروت، دارالزهراء، ج ۲، چ ۲۳.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین، ۱۴۱۳ق، مسالك الافهام، قم، موسسه معارف اسلامی، ج ۳، چ ۱.
۲۵. صدر، محمدباقر، ۱۴۰۰ق، منهاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ج ۲.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷ش، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، مکتبه المرتضویه، ج ۲.
۲۷. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، ۱۴۰۸ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، قم، موسسه ال البيت.
۲۹. نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۲ش، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۲۳.
۳۰. نراقی، ملا احمد، ۱۴۱۷ق، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، انتشارات بصیرتی.
۳۱. موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷ش، حسن، القواعدالفقهیه، قم، نشر الهادی، ج ۳.
32. Arbel, Yonathan A., Contract Remedies in Action: Specific Performance (January 16, 2015). 118 W. Va. L. Rev. 100 (2015). Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract>.
33. Audit, Bernard (1990), Lavente inter nationale de marchandises, L.G.D.J. paris.
34. Beale, Hugh (2005) The Acquis communautaire and the development of European contract law, and the European Commission's Action Plan on Contract Law,



- Juridica International No. 10 available at :[www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji).
35. Busch, Danny; Hondius, Ewoud; Van kooten, Hugo; schelhaas, Harriet; Schrama; Wendy ( 2002 ): The principles of European contract law and Dutch law, Kluwer law international, the Hague / London/ New York
36. Cheshire, fi foot (1991), Law of contract, Butter worths, London, 12ed.
37. Corbin, Arthurlinton (1983), corbin on contracts, U.S.A, west publishing co, v.5.
38. Gareth, jones &William (1986), specific performance, London, Butterworths.
39. Guest, A.G (1974),The common law Library, Benjamin's sale of goods, London, sweet & max well, 3ed,n.11.
40. Jafarzadeh , Mirghasem( 2001), Buyer's Right to Specific Performance :A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law ,Tehran , Shahid Beheshti University, available at : <http://www.cisg.law.pace.edu>.
41. Shavell, Steven, Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract (November 2005). Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 532. available at : <https://papers.ssrn.com>.
42. Shiffrin, Seana, The Divergence of Contract and Promise. Harvard Law Review, Vol. 120, p. 708, 2007; UCLA School of Law Research Paper No. 07-03. Available at SSRN: <https://ssrn.com/>.
43. Kupelyants, Hayk, (2012), Specific Performance in the Draft Common Frame of Reference, UCL Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 1 No. 2, available at: <http://ojs.lib.ucl.ac.uk/index.php/LaJ/article/view/571>.
44. Lando, Ole, (2001) Salient Features of the principles of European contract law: a comparison with the UCC, Pace international law Review. Pp. 339-369 Available at: [www.digitalcommons.pace.edu](http://www.digitalcommons.pace.edu).
45. Lando ,ole, & Beale Hugh(2000),The principles of European contract law, part I and II, Landon, Boston.
46. Rowan, Solene (2017) The new French law of contract. International & Comparative Law Quarterly.
47. Nicholas, Barry (1982), French law of contract, London, Butterworths.
48. Teritel, G.H (2001) The law of contract, London sweet & Maxwell, 6.th edition.



49. Varul, Paul(2008) performance and remedies for non performance: comparative analysis of the PECL and DCFR, *Juridica international law review*, University of Tartu , XIV. pp. 104-110 Available at: <http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=12708>.
50. Wilhelmsson, Thomas (2001) Towards a (post)modern European contract law, *Juridica international law review*, No. 6 , PP.23-29 Available at: <http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=12548>.
51. *unidroit principles of international commercial contracts* (2016).
52. *The Principles Of European Contract Law*(2002).
53. *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*,(2009).
54. - *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)*.
55. *Common European Sales Law (CESL)*.
56. *Sale Of Goods Act* (1979).
57. *Consumer Rights Act* (2015).



Archive of SID

