

## فهرست

### مقدمه

#### مبحث اول: ضمانت عدم ایفای تعهد در سیستم‌های مختلف حقوقی

- ۱-۱- ضمانت عدم ایفای تعهد در حقوق اسلامی
- ۱-۲- ضمانت عدم ایفای تعهد در حقوق ایران
- ۱-۳- ضمانت عدم ایفای تعهد در حقوق نوشته و کامن‌لو
  - ۱-۳-۱. ضمانت اجرای عدم ایفای تعهد در حقوق فرانسه
  - ۱-۳-۲. ضمانت عدم ایفای تعهد در حقوق انگلیس و امریکا
- ۱-۴- ضمانت عدم ایفای تعهد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)

- ۱-۴-۱. سابقه تاریخی ایفای عین تعهد در قوانین متحدالشکل بیع بین‌المللی و پیش‌نویسهای کنوانسیون وین
- ۱-۴-۲. گمراه کننده بودن ظاهر کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در مورد حق تقاضای ایفای عین تعهد
- ۱-۴-۳. سکوت کنوانسیون بیع بین‌المللی وین در مورد نحوه صدور و اجرای ایفای عین تعهد
- ۱-۴-۴. محدودیت‌های صدور حکم به ایفای عین تعهد

#### مبحث دوم: شیوه‌های مختلف مقابله با نقض قرارداد

- ۲-۱- شیوه اجبار تعهد تا حد امکان و استثنائات آن

۲-۱-۱- اجبار تا حد امکان

۲-۱-۲- عدم امکان اجبار

۲-۲- شیوه اختیار تمهد برای اجبار یا اخذ خسارت

۲-۲-۱- هم ردیف بودن اجبار با اخذ خسارت

۲-۲-۲- عدم انتفاع حکم اجبار

۲-۳- شیوه اخذ خسارات و استثنائات آن

۲-۳-۱- پرداخت خسارت به جای اجبار تمهد

۲-۳-۲- اجبار به ایفای عین تمهد در صورت عدم کفایت خسارات

مبحث سوم: ارزیابی شیوه‌های مختلف مقابله با نقض قرارداد

۳-۱- مضار و منافع راه حلهای موجود

۳-۲- ضرورت آگاهی از حکومت عملی شیوه سوم در تجارت بین‌الملل

نمره مباحث

## ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد

دکتر مهرباب داراب پور

### مقدمه

یکی دیگر از بحث‌انگیزترین مسائل قراردادهای بین‌المللی مسأله اجبار متعهد به انجام عین تعهد است. برخی از نظامهای حقوقی به شدت با آن مخالفند. تا آنجا که نیم قرن بحث و گفتگو و چاره‌اندیشی و تبادل نظر، نتوانست نظامهای مختلف را در قالب واحدی در آورد. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که ثمره ۵۰ سال تلاش حقوقدانان است نیز به نحو نامطلوبی مسأله را مطرح نمود و طرفین قرارداد را در وادی حیرت رها کرد. غالب حقوقدانان اسلامی چاره نقض قرارداد را اجبار متعهد به انجام عین تعهد دانسته‌اند. فقط عده قلیلی حق فسخ برای متعهدله قائل شده که این اختیار هم نمی‌تواند گره‌ای از معضلات حقوقی جامعه را باز کند.<sup>۱</sup> قانون مدنی ایران نیز دنباله‌رو روش اکثریت گردیده، هرچند در قوانین دیگر به

۱. برای اطلاع بیشتر راجع به وفای به عهد مراجعه شود به: شهیدی، دکتر مهدی، «سقوط تعهدات» نشر کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳، صفحات ۲۵ الی ۹۶.

مرور زمان از آن شیوه تا حدودی فاصله گرفته ولی کماکان نمی‌تواند پاسخگوی نیازمندیهای جامعه بین‌المللی یا حتی مردم ایران گردد.<sup>۲</sup>

در معاملات قدیم معمولاً تعهد بلافاصله اجرا می‌شد، مبیعی که فروخته می‌شد به مالکیت خریدار در می‌آمد و تعهدی باقی نمی‌ماند تا نگرانی نقض آن به وجود آید.<sup>۳</sup> از هنگامی که انجام تعهدات یک یا هر دو طرفین به آینده موکول شد این نگرانی به وجود آمد و برای رفع این مشکل توسل به شیوه‌های مختلف رواج یافت.<sup>۴</sup>

قبل از ورود به بحث تذکر چند نکته ضروری است.<sup>۵</sup> نکته اول این که، منظور از اجبار به انجام عین تعهد، حکم یا دستوری از دادگاه است که متعهد را به انجام عینی آنچه را که تعهد نموده‌است وای می‌دارد؛ و یا در صورت امتناع متعهد از حکم یا دستور، دادگاه با اقتدارات قانونی خویش، مثلاً از طریق مأمور اجرا یا ثالث، یا چنانچه انجام تعهد توسط شخص متعهد ممکن باشد با فشارهای مالی و مادی وی را مجبور به ایفاء عین تعهد می‌کند. پس به هر طریق قرارداد باید اجرا شود، مشکل بودن انجام تعهد توسط متعهد یا عدم امکان اجبار شخص وی، مانع حکم یا دستور دادگاه

۲. این مقاله در سال ۱۳۷۳ جهت چاپ تحویل داده شد، متأسفانه تا بهار ۱۳۸۰ چاپ آن به تعویق افتاد. برخی تغییرات به علت تغییر قوانین در آن داده شده‌است.

۳. همچنین مراجعه شود به: عنایت، دکتر سیدحسین، تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران، مجله حقوقی، شماره ۶، ص ۱۰۵، کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، ص ۳۵۳ به بعد.

۴. رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوق معاصر، ترجمه صفایی، دکتر حسین؛ آشوری، دکتر محمد؛ عراقی، دکتر عزت‌اله؛ مرکز نشر دانشگاهی، تهران چاپ اول ۱۳۶۴، ص ۳۱۷، شماره ۲۷۹.

۵. در این جا فرض است که قرارداد به طور صحیح تشکیل شده‌است. برای مطالعه بیشتر حول انعقاد قرارداد در حقوق ایران مراجعه شود به: شهیدی، دکتر مهدی، «تشکیل قراردادهای و تعهدات» نشر حقوقدان، فصل دوم، شرایط اساسی صحت معامله، ص ۱۲۹.

مبنی بر ایفای عین تعهد نیست. به عبارت دیگر دادگاه تا حداکثر امکان، دستور به اجرای عین تعهد می‌دهد. فقط در حالت استثنائی، مثل مخالفت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه یا عبث بودن اجرا است که دادگاه از صدور چنان حکم یا دستوری امتناع می‌ورزد.

نکته دیگر این که، همانگونه که علمای حقوق مطرح فرموده‌اند: تعهد، منشأ اجبار به عین قرارداد است، نه خود عقد. عقد ایجاد تعهد می‌نماید و وجود تعهد موجب می‌شود که بتوان متعهد را مجبور و ملزم به اجرای عین قرارداد نمود.<sup>۶</sup> البته این در صورتی است که طرفین قرارداد شیوه دیگری غیر از اجبار متعهد را در نظر نگرفته یا عرف و عادات و رویه‌های تجاری خلاف آن را مقرر ننموده و اجبار عین تعهد هم به نحوی ناممکن نباشد.

نکته آخر این که، در توجیه اجبار به ایفای تعهد عین تعهد گفته شده که لازمه احترام به قرارداد، داشتن ضمانت اجرایی آن است. به موجب قرارداد برای یک یا هر دو طرف قرارداد حقوقی به وجود می‌آید، یا در تعهدات قبلی آنها تغییری حاصل می‌شود یا حقی انتقال داده می‌شود و بالاخره تعهدی ایجاد می‌گردد که باید اجرا شود. مقاله حاضر در صدد توجیه این نکته است که داشتن ضمانت اجرا، ضرورتاً اجرای عین قرارداد نیست. به زودی درخواهیم یافت که عدم ایفای عین تعهد از احترام و قداست قرارداد نمی‌کاهد. در همه موارد نیز ایفای عین تعهد اقتصادی و مفید نمی‌باشد. شیوه‌های دیگری نیز وجود دارد که می‌تواند منافع طرفین

۶. برای توضیح بیشتر مراجعه شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۱، ص ۱.

قرارداد را به نحو مطلوب تری حفظ نماید. چون منظور تجار بین‌المللی از انعقاد قرارداد ضرورتاً اجرای ماهوی آن نیست، بلکه رسیدن به مقصدی است که اگر قرارداد اجرا می‌شد آنها به آن مقصود می‌رسیدند. به عبارت دیگر سود حاصله از قرارداد است که مطمح نظر طرفین قرارداد است نه اجبار متعهد به انجام عین تعهد.

به هر حال، نوشتار حاضر نگرشی توصیفی و انتقادی به حقوق و وظایف متعهد و متعهدله برای ایفای تعهد در قراردادها، بویژه قراردادهای بیع بین‌المللی است که مورد نزاع بسیاری از سیستمهای حقوقی جهان می‌باشد. علت توصیفی بودن بخشی از آن همانا عدم هماهنگی و شیوه‌های مختلفی است که در نظامهای مختلف حقوق جهان وجود دارد. برای نیل به مقصود فوق‌الذکر بدو اجبار به ایفای عین تعهد را در سیستمهای مختلف حقوقی مورد بحث و گفتگو قرار می‌دهیم. سپس، شیوه‌های مختلف برخورد با نقض قرارداد را بررسی می‌نماییم. آنگاه در مبحث آخر از مضار و منافع هر شیوه سخن به میان خواهیم آورد. و در نهایت امر به این مهم دست خواهیم یافت که در تجارت بین‌المللی شیوه مطالبه پرداخت خسارت در غالب موارد به تقاضای ایفای عین تعهد رجحان دارد و ضمن هماهنگ بودن با قانون مدنی ایران با اصول اسلامی نیز مغایرت و ناسازگاری ندارد.

## مبحث اول

## اجبار به انجام عین تعهد در سیستم‌های مختلف حقوقی

## ۱-۱- ضمانت عدم ایفای عین تعهد در حقوق اسلامی

حقوقدانان ایرانی و اسلامی برای جلوگیری و مقابله با نقض و تجاوزهای صورت گرفته به حقوق قراردادی متعهدله به شیوه‌های ذیل متوسل شده‌اند:

الف: اجبار به انجام عین تعهد تا سرحد امکان؛

ب: آزادی متعهدله برای درخواست ایفای عین تعهد یا فسخ قرارداد. فقها و حقوقدانان اسلامی با توجه به آیه شریف «وفوا بالعقود»<sup>۷</sup> و حدیث المؤمنون عند شروطهم، تعهدات و شروط ضمن آن را نسبت به متعهد و مشروط علیه لازم الوفا دانسته‌اند.<sup>۸</sup> تا به جایی که گفته‌اند «ان وجوب الوفاء بالشرط تکلیفاً لم ینکره احد»<sup>۹</sup>. پس شاید بتوان بر این گفتار صحت گذارد که کسی منکر لزوم وفای به عهد نشده‌است.<sup>۱۰</sup> با این وجود، در این که به صرف امتناع از انجام تعهد یا احد از شروط آن موجب فسخ برای متعهد است اختلاف اساسی بین صاحب‌نظران وجود دارد.

۷. سوره مائده، آیه ۱.

۸. موسوی بجنوردی، میرزاحسن، «القواعد الفقهیه»، ج ۳، دارالکتب العلمیه قم، ص ۳۶۷. جمال‌الدین المقداد بن عبدالله السیوری (فاضل مقداد)، کنز‌العرفان - فقه القرآن، انتشارات مرتضوی، چاپ سوم، ج ۱-۲، ص ۷۱. گرجی، دکتر ابوالقاسم؛ مقالات حقوقی، ج ۱. وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، اداره کل انتشارات و تبلیغات، چاپ اول، ص ۴۲.

۹. موسوی بجنوردی، میرزاحسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، دارالکتب العلمیه قم، ص ۳۶۷.

۱۰. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، انتشارات علمیه قم، ص ۵۰۶.

گروهی از فقها را عقیده بر این است که متعهدله یا مشروط له حق دارد قرارداد را فسخ نماید یا وفای به عهد را از متعهد بخواهد.<sup>۱۱</sup> چون نقض تعهد، عقد را در معرض زوال قرار داده و باعث ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر شده است. هیچکدام از دو حق بر دیگری رجحان ندارد، لذا متعهدله می تواند هر کدام را که مایل باشد، برگزیند. به نظر آنها به محض نقض قرارداد حق فسخ ایجاد می شود و این حق به تعذر ایفای عین تعهد بستگی ندارد، چون، اجبار مقتضای حق است و حق فسخ هم با تخلف به وجود می آید.<sup>۱۲</sup> گفته شده است که این راه حل، بیشتر حافظ نظم اجتماعی و حقوق افراد است،<sup>۱۳</sup> هر چند دلیل قانع کننده ای برای آن ذکر نشده است.

مشهور فقها، نظر فوق را نپذیرفته اند. آنها عقیده دارند که در صورت نقض قرارداد، حق فسخ بطور مطلق برای متعهدله به وجود نمی آید. بلکه وفای به عهد کماکان لازم است.<sup>۱۴</sup> و با تمکن به ایفاء عین تعهد، دلیلی برای ایجاد حق خیار وجود ندارد.<sup>۱۵</sup> پس به نظر آنها مادامی که امکان ایفای تعهد وجود دارد حق فسخ به وجود نخواهد آمد. حتی برخی پس از این هم فراتر گذشته و عنوان کرده اند که اگر حدیث لاضرر و اجماع بر ثبوت

۱۱. علامه حلی «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»، ج ۱، انتشارات استقلال، چاپ سوم، ص ۲۷۹؛ مقدس اردبیلی «شرح ارشاد، کتاب المتاجر»، چاپ سنگی؛ علامه حلی «تحریر الاحکام»، چاپ سنگی، ص ۱۸۰؛ تذکره الفقها، کتاب منیع شروط ضمن عقد، چاپ سنگی؛ امام خمینی، روح الله، البیع، ج ۱۵ شهید اول، شرح لمعه، جلد ۳، ص ۵۰۷.

۱۲. امام خمینی، روح الله، «کتاب البیع»، جلد ۵، ص ۲۲۰.

۱۳. امامی، دکتر سیدحسن، «حقوق مدنی»، جلد اول، انتشارات اسلامی، ص ۷۰-۵۲۶.

۱۴. خراسانی، ملامحمد کاظم، کفایة الاصول، چاپ سنگی، ص ۹۷؛ شهید ثانی، «شرح لمعه»، ج ۳، ص ۵۰۶ و مسالک الافهام، ج ۱، چاپ سنگی، ص ۱۹۱؛ نائینی، «منیة الطالب»، خوانساری، شیخ موسی، شرح بر مکاسب، ج ۲، چاپخانه جمهوری، تهران، ص ۱۳۴.

۱۵. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، انتشارات علامه، ص ۲۸۵.



خیار در هنگام تعذر از اجبار به انجام عین تعهد وجود نداشت، ممکن بود نتوانیم در هنگام تعذر نیز قائل به ثبوت خیار شویم.<sup>۱۶</sup>

خلاصه این که، مشهور فقهای اسلامی را عقیده بر این است که قرارداد باید تا نهایت امکان اجرا شود و اگر اجرا به جهتی از جهات ناممکن شد حق فسخ به وجود می آید. اقلیت فقها برای متعهدله، پس از نقض قرارداد، اختیار فسخ یا اجبار به انجام عین تعهد قائلند که در ردیف هم می باشند. هیچکدام از فقها در صورت نقض قرارداد برای متعهدله حق پرداخت خسارت بجای ایفای عین تعهد قائل نشده اند. غیرمشهور نیز که قائل به فسخ گردیده اند، اصلاً بحثی از پرداخت خسارت در جوار فسخ ننموده اند، گویا که آن را کاملاً منتفی می دانند. پس اگر در فسخ قرارداد ضرری متوجه متعهدله شود چاره ای جز درخواست ایفای عین تعهد نخواهد داشت.

#### ۱-۲- ضمانت عدم ایفای عین تعهد در حقوق ایران

حقوق ایران نیز به تبعیت از نظر مشهور فقهای شیعه، شیوه اجبار به انجام عین تعهد را پذیرفته و مورد تأکید قرار داده است. در صورت امکان ایفای عین تعهد، راهی برای فسخ قرارداد وجود ندارد. چون عقودی که بر طبق قانون منعقد شده، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است و فقط در صورتی لزوم وفای به عهد زایل می شود که عقد به رضای طرفین اقاله شود یا به یک دلیل قانونی فسخ گردد.<sup>۱۷</sup>

۱۶. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۱۹.

۱۷. رک. ماده ۲۱۹ قانون مدنی.

ماده ۲۳۰ قانون مدنی در تأیید این لزوم آورده است:

«عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

به عبارت دیگر، در صورت تخلف از وفای به عهد، ناقض قرارداد، ملزم به ایفای آن می‌گردد، و مادامی که چاره‌ای جز فسخ وجود نداشته باشد، این الزام وجود دارد. این است که مثلاً در صورتی که بائع در تسلیم مبیع یا خریدار در پرداخت ثمن تأخیر ورزد ممتنع اجبار به تسلیم می‌گردد.<sup>۱۸</sup> در صورتی که احد از متعاملین از انجام تعهد خویش امتناع ورزد یا تعهد را ناقص انجام دهد یا کالای دیگری بجای مبیع تحویل دهد و یا از دادن اطلاعاتی که می‌بایست به موجب قرارداد ارائه می‌داد طفره رود، نیز حکم قضیه همان است.

به همین منوال، در صورتی که احد از متعاملین که متعهد به انجام فعل یا ترک فعلی شده، از انجام شرط تخلف ورزد، طرف دیگر معامله می‌تواند از دادگاه تقاضای اجبار وی را به وفای به شرط بنماید. چنانچه مشروط علیه قادر به انجام آن نباشد، باز هم حق فسخ وجود نخواهد داشت و حاکم می‌تواند به هزینه متعهد موجبات انجام آن را توسط شخص ثالث یا حتی خود متعهد فراهم آورد،<sup>۱۹</sup> و در صورتی که ایفای عین تعهد از این

۱۸. ماده ۳۷۶ قانون مدنی.

۱۹. مواد ۹-۲۳۷ قانون مدنی، همچنین ملاحظه شود: کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهنشر، ص ۲۲۶.

طریق هم ممکن نباشد، به عنوان آخرین راه حل، طرف مقابل حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.<sup>۲۰</sup>

در این که آیا مشروطه قرارداد (در تعهدات به نفع ثالث) حق اجبار متعهد به ایفای عین تعهد را دارد یا خیر، نیز اختلاف است.<sup>۲۱</sup> به هر حال به نظر می رسد که طبق قانون مدنی اگر ثالث صرفاً انتفاع می برد، مثل انتفاع دانشجویان از خوابگاهی که ضمن قرارداد شرط احداث آن برای دانشجویان شده نسبت به دانشجویان،<sup>۲۲</sup> تعهدی به نفع وی نشده و نمی تواند ایفای عین تعهد را بخواهد. اما چنانچه به نفع شخص ثالث تعهد شده باشد او نیز مادامی که قرارداد توسط طرفین قرارداد اقاله یا فسخ نشده می تواند ایفای عین تعهد را مطالبه نماید.<sup>۲۳</sup>

گفتیم که قانون ایران، بطور کلی، نظریه اجبار تا حد امکان را پذیرفته و در موارد خاص استثنائات و تعدیلاتی قائل شده است.<sup>۲۴</sup>

۲۰. مقایسه کنید با داراب پور، مهرباب، «قاعده مقابله با خسارات»، گنج دانش، ۱۳۷۷، ص ۱۳۴-۱۳۱.

۲۱. رک. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۸۶، بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۷۸؛ نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۲۰۹ مقایسه شود با فخرالمحققین، شیخ ابی طالب محمد، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۱، چاپخانه علمی، ص ۵۱۴ و علامه حلی، تذکره الفقهاء، کتاب بیع، مبحث شروط، چاپ سنگی، و شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، چاپ سنگی در دو مجله، ص ۱۹۱؛ شیخ کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱، ص ۲۶۲.

۲۲. رک. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهنشر، ص ۴۱۴ - ۴۱۲، و صفائی، دکتر حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، تهران، ۱۳۵۱، ص ۱۹۴.

۲۳. همچنین در مورد مسائل اقاله مراجعه شود به: شهیدی، دکتر مهدی، «سقوط تعهدات»، انتشارات قانون و کلاه دادگستری، سال ۱۳۷۳، صفحات ۱۰۰ الی ۱۰۹.

۲۴. مواد ذیل را ملاحظه فرمایید:

مواد ۳۶۲، ۶۱۹، ۶۲۰ و ۲۷۸ قانون مدنی ایران. مواد ۴۲۰، ۴۹ و ۱۴۵ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۲۹ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی.

اکنون چند نمونه از موارد استثنایی که قانون مدنی ایران از قاعده اصلی، یعنی اجبار تا حد امکان، عدول نموده را احصاء می‌نماییم:

۱. اعطای اختیار فسخ همگام با اجرا به ایفای عین تعهد در موقع وجود خیار تأخیر ثمن.<sup>۲۵</sup> در اینجا حق فسخ در کنار حق اجبار به ایفای عین تعهد آورده شده است. البته علت اعطای چنین حق فسخی، همانا قاعده تلف مبیع قبل از قبض و انتقال مالکیت به خریدار و ملکیت منافع و نمائات است که قانونگذار را مجبور نموده برای تکمیل حق حبس فروشنده، حق فسخ را نیز برای وی قایل شود.

۲. هنگامی که بیع از روی نمونه باشد.<sup>۲۶</sup> و مبیع مطابق نمونه تحویل نگردد، مشتری حق فسخ خواهد داشت. گفته شده که این حق راجع به عین معین است.<sup>۲۷</sup> اما چنانچه آن حق را در مورد مبیع کلی فی‌الذمه و کلی در معین نیز صادق بدانیم،<sup>۲۸</sup> در آن موارد نیز از قاعده اصلی عدول شده است.

۳. به موجب صدر ماده ۳۷۹ قانون مدنی هرگاه مشتری ملتزم شده باشد برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند با بیع حق فسخ خواهد داشت. اما صدر ماده ۲۴۲ قانون مدنی عین معین را از حکم ماده فوق خارج نموده است. به عبارت دیگر تا عین معین تلف یا معیوب نشود مشروطه اختیار فسخ معامله را نخواهد داشت. یعنی کماکان همان قاعده اصلی، یعنی اجبار تا حد امکان، حاکم خواهد بود.

۲۵. مواد ۳۹۵ و ۴۰۲ قانون مدنی ایران.

۲۶. ماده ۳۵۴ قانون مدنی.

۲۷. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۴۳۶ و ۶۹۲

۲۸. مصطفی عدل، «حقوق مدنی»، شماره ۴۴۱.

۴. در مورد شروط، فقط شروط<sup>۲۹</sup> بین موجر و مستأجر خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد. اما در مورد خود قرارداد تا تعذر از اجبار تحقق نیابد، مستأجر خیار فسخ نخواهد داشت.<sup>۳۰</sup> بنابراین، قانونگذار در مورد تخلف از شروط حق فسخ را در کنار حق درخواست ایفای عین تمهد قرار داده‌است.

۵. چون شرط صفت در عین معین را نمی‌توان در صورت فقدان ایجاد کرد قانونگذار نیز به علت عدم امکان اجبار چاره‌ای نداشته‌است جز این که حق فسخ در این مورد را نیز بپذیرد. به موجب ماده ۲۳۵ قانون مدنی: «هرگاه شرطی که ضمن عقد شده شرط صفت باشد و معلوم شود که آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده خیار فسخ خواهدداشت».

گاهی قانونگذار با وضع قوانین جدید از قاعده اصلی عدول نموده است. نمونه آن را می‌توان در قوانین روابط موجر و مستأجر مصوب سالهای ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲ جستجو کرد. به موجب مواد ۲۱ و ۱۱ قوانین فوق در مورد تعمیر خرابیها، قانونگذار حق فسخ را در کنار حق اجبار به تعمیر قرار داده و نظریه غیر مشهور فقها را پذیرفته است.

برخلاف ماده ۴۸۷ قانون مدنی که حق فسخ را برای موجر در صورت عدم امکان جلوگیری از تعدی و تفریط قائل بود، بند ۸ ماده ۱۴ قانون ۱۳۵۶ مذکور به محض تعدی و تفریط حق فسخ برای وی قائل شده و از قاعده اصلی عدول کرده است. طبق ماده ۴۹۲ قانون مدنی اگر مستأجر

۲۹. ماده ۴۹۴ قانون مدنی.

۳۰. مواد ۴۷۶-۴۷۸ و ۴۹۲ قانون مدنی.

عین مستأجره را در غیر مورد قراردادی یا عرفی اجاره، استعمال می‌نمود فقط در صورتی حق فسخ برای مستأجر باقی بود که منع وی از چنین اقدامی ممکن نباشد. در حالی که به موجب بند ۶ ماده ۱۴ قانون ۱۳۵۶ و بند ج ماده ۸ قانون ۱۳۶۲ مذکور صرف استفاده مستأجر در غیر موردی که در اجاره ذکر گردیده، بدون بحث از امکان منع مستأجر، حق فسخ را برای موجر قائل شده‌است.

در قوانین دیگر نیز در تعهدات به انجام عمل معین تعدیلاتی صورت گرفته است. مثلاً ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، اخذ هزینه اجرای حکم را بجای انجام عین عمل قبول نموده است. همین‌طور در ماده ۳۴ آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی سه راه حل اخذ هزینه‌های لازم برای انجام تعهد، انجام عین تعهد یا فسخ معامله را پذیرفته‌است. به موجب ماده ۲۹ همان آیین‌نامه، «هرگاه موضوع اجراییه عین منقول باشد و به آن دسترسی نباشد و یا کلی در ذمه باشد و متعهد از انجام آن امتناع ورزد یا مثل آن در خارج یافت نشود متعهدله می‌تواند بهای روز اجرای تعهد را بخواهد». به عبارت دیگر، عین تعهد ضرورتاً اجرا نمی‌شود و بجای آن مقداری خسارت پرداخت می‌گردد تا متعهد را در وضعیتی قرار دهد که گویا قرارداد اجرا شده است.

### ۱-۳- ضمانت عدم ایفای تعهد در حقوق نوشته و در حقوق کامن‌لو

#### ۱-۳-۱- ضمانت عدم ایفای عین تعهد در حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه تقریباً همان راهی را پیموده که اقلیت فقهای جعفری بدان معتقدند. برای نمونه ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد:

«در مواردی که تعهد امتناع از انجام کاری بوده و کار صورت گرفته باشد متعهد می‌تواند از محکمه تخریب کارهای صورت گرفته را خواستار شود، متعهدله همچنین می‌تواند از دادگاه اجازه تخریب به هزینه متعهد را درخواست کند بدون این که به حق او از جهت مطالبه خسارت، اگر خسارتی واقع شده، خللی وارد آید. متعهدله همچنین مجاز است در مورد عدم انجام تعهد شخصاً تعهد را به هزینه متعهد انجام دهد.»

به موجب ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی فرانسه به متعهدله اجازه داده شده تا عین تعهد را به هزینه متعهد از طریق ثالث انجام دهد.  
در ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی فوق آمده است:  
«چنانچه متعهد از انجام تعهدش خودداری نماید، تعهد به فعل یا ترک فعل وی تبدیل به پرداخت خسارت خواهد شد.»

البته تبدیل چنین تعهدی به پرداخت خسارت در خصوص مواردی است که اجبار به انجام عین تعهد امکان‌پذیر نباشد مثل موردی که تعهد قائم به شخص بوده یا مختل آزادی افراد باشد.  
حکم به ایفای عین تعهد یا پرداخت خسارت در عرض یکدیگرند نه در طول هم، و یکی بر دیگری اولویت ندارد؛ متعهدله حق دارد که بین دو شیوه فوق یکی را برگزیند. پس در صورتی که متعهد به تعهد خود عمل

نمایند، متعهدله می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و اجبار وی را به انجام تعهد بخواهد یا قرارداد را فسخ و خسارات وارده را مطالبه نماید.<sup>۳۱</sup> حتی در مواردی که در قرارداد وجه التزامی مقرر شده باشد، متعهدله می‌تواند بجای مطالبه وجه التزام تقاضای ایفای مفاد تعهد اصلی را بخواهد.<sup>۳۲</sup>

#### ۲-۳-۱. ضمانت عدم ایفای تعهد در حقوق انگلیس و امریکا

در کامن‌لو در صورتی حکم به اجرای عین تعهد صادر می‌شود که پرداخت خسارت کفایت از ضرر و زیان متعهدله ننماید. همچنین در مواردی که تعیین خسارت ممکن نباشد احتمال دارد حکم به اجرای عین تعهد داده شود. وجود شروط قراردادی برای ایفای عین تعهد باعث اجبار دادگاه به صدور حکم به اجرای عین تعهد نمی‌گردد. در حقوق انگلیس، به صرف تقاضای خواهان، دادگاه دستور یا حکم به ایفای عین تعهد را صادر نخواهد نمود، حتی اگر کالا عین معین بوده و یا کلی در معین یا کلی در ذمه بوده ولی برای قرارداد تخصیص داده شده باشد و دسترسی به آن از طریق مأمور اجرا هم آسان باشد. در این سیستم حقوقی اصل بر این است که پرداخت خسارت، کفایت می‌کند و متعهد را در موضعی قرار می‌دهد که اگر قرارداد هم اجرا می‌شد وی در آن موضع قرار می‌گرفت. در حقوق انگلیس، هنگامی که قراردادی نقض می‌شود، اولین چیزی که فکر یک وکیل را مشغول می‌نماید این است که چه مقدار خسارات بایستی پرداخت یا اخذ شود.

۳۱. ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه.

۳۲. ماده ۱۲۲۸ قانون مدنی فرانسه.



همین روند در قانون متحدالشکل ایالات متحده امریکا نیز صادق است. این قانون نیز مواد زیادی را به پرداخت خسارت، برای مواقع نقض قرارداد، اختصاص داده است.<sup>۳۳</sup> البته در موارد استثنایی حکم به ایفای عین تعهد داده خواهد شد که به موقع درباره آن بحث خواهیم نمود.

در اینجا کافی است عنوان گردد: فلسفه امتناع از صدور حکم به اجبار عین تعهد در حقوق کامن لو و توسل به پرداخت خسارت را باید در مشکلات اجرایی ایفای عین تعهد نیز جستجو نمود. زیرا، در قراردادهایی که صدور حکم به اجرای عین تعهد مستلزم نظارت مستمر دادگاه می‌باشد، دادگاه غالباً از صدور حکم به اجرای عین تعهد خودداری خواهد نمود، چون این کار باعث مشقت زیاد و صرف اوقات فسراوان برای مأمورین دادگاه خواهد شد.

هنگامی که اجبار یک طرف به انجام عین تعهد مستلزم اجبار طرف دیگر هم می‌باشد نیز دادگاهها تمایل به صدور حکم ایفای عین تعهد ندارند.

تا همین اواخر دادگاههای انگلیس حتی حاضر نبودند برای پرداخت خسارت به کسی که عوضی نداده است اقدامی نمایند. به طریق اولی دستور به ایفای عین تعهد در موقعی که عوضی برای تعهد منظور نشده بود نیز ممکن نبود.

اجبار به ایفای عین تعهد که موجب سلب آزادی‌های شخصی گردد نیز تحمیل نخواهد شد. چون در این گونه تعهدات غالباً پرداخت خسارت شیوه‌ای مطلوب می‌باشد و نظارت مستمر بر کار متعهد نیز ممکن نیست و

۳۳. بخش دوم قانون متحدالشکل تجاری امریکا را ملاحظه فرمایید.

حتی چنین اجباری برای فرد مکره نیز نوعاً امکان ندارد. به خصوص که در بسیاری موارد امکان اثبات نقض در ایفای تعهد وجود ندارد و عدالت و انصاف و روح آزادی انسان نیز ایجاب می‌نماید که چنین اجباری وجود نداشته باشد.

غالباً دادگاه تفکیکی بین بخشی از قرارداد که در آن اجبار به انجام عین تعهد مطابق اصول است و بخش دیگر قائل نمی‌شود و فقط حکم به پرداخت خسارت خواهد داد، چون کل قرارداد به عنوان یک واحد تجزیه ناپذیر محسوب می‌گردد.

در مورد دین، اخذ طلب اجرای عین تعهد است که منطبق با شیوه مطالبه خسارت می‌باشد. در این حالتها هر دو شیوه منطبق با یکدیگر است که محل بحث ما نمی‌باشد.

در مجموع می‌توان گفت که به موجب این سیستم حقوقی در بیشتر موارد شیوه پرداخت خسارت برای متعهدله مقرون به صرفه‌تر و مطمئن‌تر و سهل‌تر و سریع‌تر بوده و لذا وی چنین شیوه‌ای را برمی‌گزیند و کمتر به شیوه ایفای عین تعهد متوسل می‌شود. در واقع شیوه پرداخت خسارت با سرعت بیشتری مقاصد متعهدله را برآورده می‌سازد.

#### ۴-۱- ضمانت عدم ایفای تعهد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

مسأله ایفای عین تعهد هم یکی از مسائل بحث انگیز بود که در کنفرانس وین مورد بحث و گفتگوهای فراوان قرار گرفت. بالاخره تدوین‌کنندگان کنوانسیون با زبان بی‌زبانی تصمیم گرفتند که بر ضمانت عدم ایفای عین تعهد توافق نکنند.

به عبارت دیگر موافقت کردند که هر کس براساس قانون خود عمل کند. لذا، از بحثها و گفتگوهای فراوان نتیجه مفیدی حاصل نشد. کنوانسیون آنچه را با دست پس زده بود با پا به طرف خود کشید. شاید مفید باشد که نظری بر روند تدوین تاریخی قواعد مربوط به ایفای عین تعهد در قوانین و پیش نویس های کنوانسیون فوق داشته باشیم.

۱-۴-۱- سابقه تاریخی ایفای عین تعهد در قوانین متحدالشکل بیع بین المللی و

پیش نویس های کنوانسیون وین

تدوین کنندگان پیش نویس های سال ۱۹۳۹ و ۱۹۵۶ توجه خاصی به مغایرت شیوه های حقوق در مورد ایفای عین تعهد داشتند. با توجه به این مغایرت ها آنها پیشنهاد نمودند که دستور اجرای عین قرارداد فقط در صورتی داده شود که اجرای عین قرارداد به موجب قانون ملی دادگاه مجاز باشد.

علی رغم پیشنهادات فوق، قانون متحدالشکل بیع بین المللی در ماده ۲۴ خود اجرای عین قرارداد را تضمین نمود ولی ایفای تعهد را در ماده (۱) ۷ منوط به مواردی نمود که طبق قانون متبوع دادگاه در رابطه با قراردادهای مشابه که مشمول مقررات آن قانون نبوده چنین حکمی را صادر یا اجرا می نموده است. ماده ۱۶ کنوانسیون انعقاد بیع بین المللی نیز روند ماده ۲۴ قانون متحدالشکل بیع بین المللی را تأیید می نمود. با این وجود در ماده ۲۵ قانون متحدالشکل بیع بین المللی استثناء بسیار بزرگی را قائل شده بود و مقرر می داشت: چنانچه خریدار عرفاً و عقلاً بتواند کالای جایگزین

قراردادی را بخرد حق ندارد از فروشنده درخواست اجرای عین قرارداد را بنماید.

پیش‌نویس آنسترال کنوانسیون، در ماده ۲۶، این شیوه را کنار گذاشت. ماده ۲۶ آنسترال کنوانسیون مقرر می‌داشت که دادگاه مجبور نیست حکمی را صادر یا اجرا نماید مگر این که بطور معمول بتواند طبق قانون متبوع خویش چنین حکمی را صادر یا اجرا نماید. این ماده مورد انتقاد شدید برخی از حقوقدانان کامن‌لو قرار گرفت.<sup>۳۴</sup> آنها معتقد بودند که از آنجایی که دستور ایفای عین تعهد تابع قواعد انصاف<sup>۳۵</sup> بوده و در صلاحدید دادگاه است، در بسیاری از موارد دست دادگاهها را باز خواهد گذاشت تا اقدام به صدور چنین حکمی نمایند. حقوقدانان فوق مایل نبودند که دایره دستور ایفای عین تعهد گسترده‌تر شود زیرا آن را مغایر با اهداف تجاری و اقتصادی خویش می‌دانستند. برای همین امر هم بسود که تلاش بسیاری نمودند تا کنوانسیون ۱۹۸۰ را به نحوی تنظیم نمایند که دادگاه قدرت عمومی برای صدور دستور ایفای عین تعهد را در هر زمان نداشته‌باشد بلکه فقط در صورتی بتواند به چنین امری مبادرت نماید که در گذشته بطور مکرر به صدور چنان دستوری اقدام می‌نموده است.

۳۴. رک. هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی،

ترجمه مهراب داراب‌پور، جلد دوم، چاپ گنج دانش، سال ۱۳۷۴، ص ۴۹.

۳۵. منظور از قاعده انصاف، اصول و شیوه عدالت خواهانه نیست، بلکه یک رشته از قواعد است که در کنار کامن‌لو می‌باشد و ممکن است ثمرات عادلانه یا ظالمانه داشته‌باشد.

۲-۴-۱- گمراه کننده بودن ظاهر کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در مورد حق

تقاضای ایفای عین تمهد

حقوقدانان حقوق نوشته هنگامی که کنوانسیون ۱۹۸۰ را ملاحظه می‌نمایند ممکن است از ظاهر مواد مختلف تصور نمایند که کنوانسیون شیوه اجبار متعهد به انجام تعهد را پذیرفته است. در ماده ۴۶ آمده است خریدار می‌تواند تقاضای ایفای عین تعهدات فروشنده را از وی بنماید. حق فروشنده که مشابه حق خریدار است نیز در ماده ۶۲ با عبارت ذیل آمده است:

«فروشنده می‌تواند از خریدار تقاضای پرداخت ثمن، قبض کالا یا ایفای

دیگر تعهداتش را بنماید».

اما دقت بیشتر در ماده ۲۸ کنوانسیون این توهم را از بین خواهد برد.

۳-۴-۱- سکوت کنوانسیون بیع بین‌المللی وین در مورد نحوه صدور و

اجرای حکم ایفای عین تمهد

کنوانسیون، در مواردی که ایفای عین تمهد ممکن باشد راه‌حلی را پیشنهاد نمی‌کند که چگونه حکم به ایفای عین تمهد صادر و اجرا شود. به نظر می‌رسد این امر به آیین دادرسی دادگاهی که حکم به ایفای عین تمهد می‌دهد واگذار شده باشد.<sup>۳۶</sup> این امر می‌تواند، با توجه به تفاوت‌های بسیار زیاد بین سیستم‌های حقوقی، مشکل‌زا باشد.

۳۶. رک. داراب‌پور، مهرباب، (مترجم)، تفسیری بر بیع بین‌المللی، کتابخانه گنج‌دانش، ۱۳۷۴، جلد دوم، ماده ۲۸.

کنوانسیون همچنین در مورد این که آیا دادگاهها بایستی حکم ایفای عین تعهد صادره از دادگاههای دیگر را اجرا نمایند یا خیر، ساکت است، در صورت عدم وجود کنوانسیون دایر بر به رسمیت شناسی چنین آرایسی، نمی توان دادگاهها را مجبور نمود که حکم صادره راجع به ایفای عین تعهد دادگاههای کشورهای دیگر را به مرحله اجرا گذارند. برخی از کشورهای اروپایی به کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۸ در مورد صلاحیت، به رسمیت شناسی و اجرای آرا در موضوعات مدنی و تجاری ملحق شده اند. به نظر می رسد در اینگونه کشورها، اگر حکم به ایفای عین تعهد صادر شده باشد، دادگاههای کشورهای دیگر موظف به اجرای آن باشند. به هر حال بعید به نظر می رسد دادگاهها در مواردی که ایفای عین تعهد مشکل باشد به صدور چنین حکمی مبادرت ورزند.

#### ۴-۴-۱- محدودیتهای صدور حکم به ایفای عین تعهد

درخواست اجرا با توجه به طولانی بودن مدت دادرسی مانع از دسترسی تجار به اهداف تجاری می گردد. درخواست خسارت ضمن آزاد گذاردن تجار در معاملات خویش و دفع موانع، روند کار تجاری را آسان می سازد. برپایه این ملاحظات بوده که کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در موارد متعددی محدودیتهای قابل توجهی در سر راه ایفای عین تعهد قرار داده است. اهم این محدودیتها عبارتند از:

۱. اگر یکی از طرفین به شیوه ای جبران خسارت متوسل می شود که با درخواست ایفای عین تعهد منافات داشته باشد، توسل به اجبار انجام عین تعهد ممکن نیست.

همچنین اگر یکی از متعاملین قرارداد را فسخ نماید دیگر جایی برای ایفای عین تعهد باقی نمی‌ماند.<sup>۳۷</sup> درست مثل هنگامی که قرارداد باطل است و نمی‌توان درخواست اجرای آن را نمود.

در صورتی که کالا منطبق با قرارداد نباشد، خریدار می‌تواند از فروشنده درخواست تعمیر کالا را نماید.<sup>۳۸</sup> اگر چنین درخواستی با توجه به اوضاع و احوال غیرمتعارف محسوب نشده و پذیرفته گردد قرارداد اجرا شده‌است و ایفای مجدد عین آن امکان ندارد.

۲. جمع ایفای عین تعهد و خسارات جانبی هیچگونه منعی ندارد. آنچه که مقبول نیست دو بار جبران کردن خسارات نقض یک قرارداد است. هرگاه لازمه درخواست ایفای عین تعهد، جبران ضرری باشد که تدارک دیده شده است، چنین درخواستی قابل پذیرش نیست. چرا که لازمه قبول چنین درخواستی، قبول دو بار جبران برای یک زیان است.

۳. مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین برای جبران و تدارک زیان متعهدله، که از تخلفات متعهد ناشی شده‌است، حق حبس را پیش‌بینی نموده‌است.

خریدار یا فروشنده حق دارند تحت شرایطی کالا را حبس نمایند تا طرف دیگر به تعهدات خود عمل نماید. اگر طرف مقابل به تعهدات خود عمل ننماید نمی‌توان کسی را که حق حبس دارد مجبور به ایفای عین تعهد نمود.

۳۷. رک. مواد ۴۶ و ۶۲ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین.

۳۸. رک. ماده ۴۶ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین.

شخصی که به موجب مواد فوق حفاظت کالا را به عهده دارد یا کالای تحت تصرف وی در شرف فساد است می‌تواند تحت شرایطی کالا را بفروشد در این صورت نمی‌توان تقاضای ایفای عین تعهد طرفی که کالا را به حکم کنوانسیون فروخته‌است نمود. پس درخواست اجرای عین تعهد با توسل به طریقه جبران خسارت فوق منافات دارد و نمی‌توان ایفای عین تعهد را مطالبه نمود.

۴. اگر تعهد به صورت ناقص اجرا شده‌باشد، باز هم نمی‌توان ایفای عین تعهد در معنی اخص آن را مطالبه نمود مگر این که مضایرت کالا با قرارداد یا عرف یا مقررات کنوانسیون متضمن نقض اساسی قرارداد باشد. در این صورت خریدار می‌تواند بدون تحمیل ضرر ناروا به فروشنده، از طریق تعمیر یا اصلاح یا اخذ خسارت، ضررهای خود را جبران نماید. چنانچه برای خریدار اعاده کالا به همان وضعیتی که آنها را دریافت داشته است مقدور نباشد (جز در مواردی که در بند ۲ ماده ۸۲ آمده است) حق اعلام فسخ و تقاضای تسلیم بدل کالا (به اعتباری ایفای عین تعهد) را از دست خواهد داد. البته حق الزام متعهد به تعمیر (و به اعتبار ایفای عین تعهد به معنای اعم) کماکان به قوت خود باقی است.

۵. گاهی وظیفه مقابله با خسارات (مذکور در ماده ۷۷ کنوانسیون) ایجاب می‌کند که برای مثال مواد اولیه خریداری شده یا حتی خود کالا به فروش برسد. حال چنانچه فروشنده بجای مقابله با خسارت، تقاضای پرداخت ثمن (ایفای عین تعهد) را بنماید، چنین تقاضایی پذیرفته شده نیست. در واقع مقابله با خسارت، وی را در درخواست اجبار محدود می‌نماید.



اگر خریدار قبل از ساختن کالا به فروشنده خبر دهد که از ساخت و ارسال کالا خودداری نماید، زیرا وی قادر به قبض آنها نخواهد بود، فروشنده معمولاً نمی‌تواند به علت تعارض با قاعده مقابل با خسارات، از خریدار بخواهد که عین کالای تولید شده را تحویل بگیرد.<sup>۳۹</sup> حتی در این گونه موارد وی نمی‌تواند مخارج تولیدات یا بارگیری را نیز مطالبه نماید. چنانچه طرفین به تجویز ماده ۶ صریحاً در قرارداد توافق نمایند که آنها متعهد به ایفای عین تعهد باشند، باز هم امکان دارد دادگاه با نادیده گرفتن این اصل که طرفین می‌توانند (جز در مواردی که کتبی بودن امر ضروری است: ماده ۱۲) آثار هریک از مواد کنوانسیون را تغییر داده یا از آن عدول نموده یا حتی شمول آن را بطور کلی استثناء نمایند، از صدور حکم به ایفای عین تعهد امتناع ورزد. مطلب فوق در صورتی صادق است که قاعده حاکم در ماده ۲۸ کنوانسیون به عنوان یک دستور ارشادی به متعهدین باشد. بدین معنی که دادگاه موظف به صدور دستور ایفای عین تعهد نیست اما می‌تواند، در صورت تمایل به چنین اقدامی مبادرت ورزد. به هر حال، دادگاه‌های کامن‌لو می‌توانند به موجب ماده ۲۸ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین از صدور حکم به ایفای عین تعهد، به این دلیل که در گذشته در این گونه موارد مکرراً حکم به ایفای عین تعهد نمی‌داده‌اند، طفره رفته و تجار را از چنین طریقه جبران خساراتی محروم نمایند. دادگاهها در سیستم حقوق نوشته نیز می‌توانند در هنگامی که به موجب کنوانسیون یکی از طرفین از پرداخت خسارت معاف می‌باشند، مثل موارد رافع مسؤولیت در ماده ۷۹ کنوانسیون، در صورت امکان و عدم

۳۹. رک. داراب‌پور، مهرباب، «قاعده مقابله با خسارات»، چاپ کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷، ص ۴۶ به بعد.

وجود مانع دائمی حکم به ایفای عین تعهد بدهند. علت امکان صدور چنین حکمی بنده ماده ۷۹ کنوانسیون می‌باشد که به موجب آن: مقررات موجود در اصل ۷۹ بجز ادعای خسارت مانع از اعمال هر نوع حق یکی از طرفین، از جمله تقاضای ایفای عین تعهد، نخواهد شد. به عبارت دیگر گرچه نمی‌توان خسارت را مطالبه نمود ولی امکان درخواست ایفای عین تعهد وجود دارد.

#### مبحث دوم

#### شیوه‌های مختلف برخورد نقض قرارداد

##### ۲-۱- شیوه اجبار تا حد امکان و استثنائات آن

###### ۲-۱-۱- اجبار تا حد امکان

برخی از سیستم‌های حقوقی، مثل سیستم حقوقی اسلامی (اکثریت فقهای جعفری) و سیستم حقوقی ایران، اولین راه‌حل مقابله با نقض قرارداد را در اجبار متعهد به ایفای عین تعهد می‌دانند. در اینجا به بررسی اجبار به انجام عین تعهد در حقوق ایران می‌پردازیم.

در این سیستم حقوقی، دادگاه به وسیله حکم یا قرار یا دستوری خواننده را به اجرای دقیق آنچه که تعهد نموده است مجبور می‌نماید. اگر عین معینی است که باید تحویل گردد آن را با زور قانون از وی اخذ می‌کند. اگر امضای اسنادی است که باید متعهد امضا نماید، نماینده دادگاه بجای وی سند مورد نظر را امضا می‌کند و چنانچه ثالث بتواند مورد تعهد را انجام دهد، مورد تعهد به وسیله ثالث و به هزینه محکوم‌علیه اعمال می‌شود.

هرگاه تعهد قائم به شخص باشد از طریق فشارهای مالی و تضيیقات مادی او را به انجام عین تعهد مجبور می‌کند. آنچه در این شیوه برخورد مورد نظر قاضی و متعهدله است انجام و اجرای عین تعهدات قراردادی است نه شخص یا فردی که مورد تعهد را انجام می‌دهد.

به عبارت دیگر مادامی که امکان اجبار متعهد به طریق عرفی و معمول وجود داشته باشد، متعهد را می‌توان مجبور نمود تا به تعهدات خود عمل کند. استثنائاً در مواردی که متعهد تسلیم به اجرا نمی‌شود و یا صدور حکم عبث و بیهوده بوده یا متضمن عسر و حرجی است به نحوی که مطلوب قانون و جامعه نباشد یا مخالف با موازین مورد قبول قانون و حقوق نظیر مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه است، دادگاه از صدور حکم به ایفای عین تعهد امتناع می‌ورزد.

قانون ایران بطور مستقیم یا غیرمستقیم متعهد را مجبور به ایفای عین تعهد می‌نماید. در تعهدات به فعل مثبت چنانچه مباشرت متعهد شرط انجام کار نباشد، شخص ثالث یا حتی شخص متعهدله می‌تواند مورد تعهد را با هزینه متعهد انجام دهد.<sup>۴۰</sup> در صورتی که مباشرت متعهد شرط شده باشد، دادگاه طریقه اجبار غیرمستقیم را در پیش خواهد گرفت. به همین منوال چنانچه تعهد قائم به شخص متعهد باشد نیز به طریقه اجبار غیرمستقیم عمل می‌شود.<sup>۴۱</sup>

۴۰. مواد ۲۲۲ و ۲۳۸ قانون مدنی و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی.

۴۱. همچنین رک. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، «دائرة المعارف حقوق مدنی - تجارت»، ۱۰۱ و ۱۰۱، ناشر بنیاد راستا.

در صورتی که تعهد به ترک فعل باشد نیز به موجب ماده ۲۳۷ قانون مدنی، متعهدله می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و تقاضای اجبار متعهد به وفای به شرط نماید.

در مواردی که نمی‌توان مستقیماً متعهد را به انجام تعهد واداشت، قانون ایران، تعهد را از طریق مأمور اجرا یا ثالث یا حتی شخص متعهدله به مرحله اجرا در می‌آورد. اما هنگامی که انجام تعهد، قائم به اراده متعهد بوده و نتوان با پرداخت هزینه‌های لازم، تعهد را توسط دیگری اجرا نمود، قانونگذار باز به شیوه زور و اجبار متوسل می‌شود. بدین وسیله که به دادگاه اختیار داده‌است تا مقاومت متعهد در عدم ایفای تعهد را با فشارهای مالی که در آرای تهدیدی خویش صادر می‌نماید، بشکند.

ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی در این مورد مقرر می‌دارد:

«در مواردی که موضوع تعهد عمل است که انجام آن جز بوسیله شخص متعهد ممکن نیست دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله در حکم راجع به اصل دعوی یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکومله بپردازد».

دادگاه با صدور احکام تهدیدی خویش، در صدد جبران خسارات وارده به خواهان نیست بلکه می‌خواهد متعهد تحت فشارهای مالی به تعهد خود عمل کند. اگر فشارهای مالی نتوانست متعهد را به انجام تعهد وادار نماید دادگاه در آخرین مرحله چاره‌ای ندارد که علاوه بر اخذ جریمه‌های

تأخیر متعهد را به پرداخت خسارات محکوم کند. و البته این کاری است که می‌توانست در همان روز اول و بدون کسر شأن خویش انجام دهد.<sup>۴۲</sup> دادگاه در صورتی به فشارهای غیرمستقیم متوسل می‌شود که ایفای تعهد منحصراً از طریق متعهد امکان‌پذیر باشد. این موضوع به صراحت در تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی با عبارت: «در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد مطابق ماده ۷۲۹ آیین دادرسی مدنی انجام خواهد شد» آمده است.

جریمه‌های مالی همزمان یا بعد از صدور حکم، و نه قبل از آن، تعیین می‌گردد. بنابراین، نمی‌توان قبل از صدور حکم قطعی یا حکم لازم‌الاجرا با دستور موقت یا سایر قرارها، فشارهای غیرمستقیم به متعهد وارد نمود. احکام اجبار مالی، اعتبار امر مختومه ندارند و دادگاه می‌تواند آن‌ها را تغییر دهد.<sup>۴۳</sup>

نکته جالب توجه در مورد این‌گونه احکام تهدیدی، قابلیت تغییر یافتن آن است که از عدم انعطافش می‌کاهد. این است که دادگاه مجبور نیست شخصاً به طرق فشارهای غیرمستقیم روی آورد و مختار است که در صورتی که فشارهای مستقیم را کارساز نداند بدان متوسل شود.

۴۲. کند بی‌خرد چون خردمند کار پس از آنکه رسوائی آرد به بار

۴۳. ماده ۷۳۰ قانون آ.د.م. شاید بتوان از اختیارات موجود در این ماده برای رعایت انصاف استفاده نمود و احکام مربوط به پرداخت جریمه تأخیر را به نحوی تغییر داد که جریمه اندکی پرداخت شود تا اصلاً جریمه‌ای به متعهد تعلق نگیرد. قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، در مواد ۵۱۵ به بعد راجع به مطالبه خسارت را نیز ملاحظه فرمایید.

آخرین نکته جالب توجه این که: در حقوق ایران، حتی در موردی که یک طرف حق حبس دارد، دادگاه، هر دو طرف قرارداد را در صورت امتناع مجبور به ایفای عین تعهد خواهد نمود.<sup>۴۴</sup>

#### ۲-۱-۲- عدم امکان اجبار

گفته شد که در این گونه سیستم‌های حقوقی، متعهد موظف است تا نهایت امکان به ایفای عین تعهد خویش پردازد و البته در صورت عدم ایفای تعهد تا همان حد مجبور به ایفای تعهد خویش خواهد شد. موارد زیادی اتفاق می‌افتد که دادگاه، به علتی از علل، از اجبار متعهد منصرف می‌شود.

اهم مواردی که به موجب قوانین ایران دادگاه حکم به ایفای عین تعهد نمی‌دهد در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف: گاهی ممکن است دادگاه به علت عدم امکان صدور حکم به اجبار به ایفای عین تعهد، مانند مواردی که قراردادی باطل باشد یا واجد شرط خلاف مقتضای ذات عقد یا شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین باشد و عرفاً هم مطلوب نباشد، قائل شود که تعهد را نمی‌توان اجرا نمود؛ چون اصولاً قراردادی وجود ندارد. اگر قرارداد به هر علت دیگری باطل باشد مثل موردی که امکان تسلیم یا تسلّم مبیع نباشد، نیز حکم به ایفای عین تعهد ممکن نیست.

۴۴. رک. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، ج ۱، ص ۱۴۵۹ بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۱۲۱۵ عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، ص ۲۷۱.

ب: گاهی قرارداد وجود دارد اما دادگاه بدان ترتیب اثر نمی‌دهد. عقود و قراردادهایی که منحل نظم عمومی و مخالف اخلاق حسنه می‌باشند قابلیت اجرایی ندارند.<sup>۴۵</sup> و بطور کلی هرگاه امکان حقوقی یا قضایی اجرای عین تعهد وجود نداشته باشد نیز دادگاه قادر نخواهد بود حکم به ایفای عین تعهد دهد. اگر تعهد برای انجام عملی غیرقانونی، مثل صادرات و واردات اشیاء ممنوعه، شده باشد به علت عدم امکان حقوقی، ایفای عین تعهد ممکن نیست. به همین منوال هنگامی که مانع قضایی وجود داشته باشد نیز دادگاه قادر به صدور حکم به ایفای عین تعهد نمی‌باشد. مثل هنگامی که اموال بازرگانی توقیف شده باشد و برخی از طلبکاران در صدد اجرای قراردادهای خود با آن تاجر باشند.

ج: گاهی عدم اجبار متعهد به ایفای عین تعهد به علت عدم امکان اجرای آن است. زمانی این عدم امکان شخصی است مثل این که نویسنده‌ای مجنون شود یا رعشه در دست خطاط و نقاشی بیفتد یا دست جراحی بشکند بطوری که او نتواند به تعهدات خود عمل نماید.

د: گاهی عقد یا قرارداد وجود داشته، تعهد هم قابلیت اجرا دارد و از نظر شخصی و عملی و فیزیکی نیز مانعی برای ایفای تعهد وجود ندارد، اما عذرهای دیگری نظیر بیهودگی اجرا، بی انصافی اجرا یا تعارض یا سایر موازین قانونی وجود دارد که مانع دادگاه برای صدور دستور ایفای عین تعهد می‌شود. پس در هنگامی که امکان اجرا وجود دارد، ولی اجرای تعهد با قانون یا عقل یا حتی اخلاق تعارض دارد اجبار ممکن نیست.

۴۵. رک. ماده ۱۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی.

اگر متعهدله در عقد جایز یا من‌علیه‌الخیار در عقد خیارى تقاضای ایفای عین تعهد نماید یا زمانی که اجرای قرارداد و زمان ایفای آن به نحو وحدت مطلوب مورد نظر متعهدله بوده و تعهد در زمان خود اجرا نشده‌است، تقاضای ایفای عین تعهد از دادگاه نماید، چنین تقاضایی بیهوده است، چون در دو مورد اول، متعهد می‌تواند قرارداد را فسخ کند و در مورد سوم ایفای عین تعهد فایده‌ای برای متعهدله ندارد.

هرگاه خواهان از موقعیت خواننده سوءاستفاده نموده،<sup>۴۶</sup> یا وی را مغبون کند یا ایفای عین تعهد باعث عسر و حرج گردد نیز امکان دارد دادگاه از صدور حکم به ایفای عین تعهد خودداری نماید.

هرگاه اجبار به ایفای عین تعهد مستلزم نقض قرارداد صحیح قبلی ثالثی شود، مثل اجاره دوباره یک خانه در یک زمان، یا موجب زوال حقی گردد، مثل حق شفعه، دادگاه نمی‌تواند به ایفای عین تعهد حکم دهد.<sup>۴۷</sup> به هر حال گفته شده است چنانچه خواهان از اجرای تعهد خود سرباز زند، طرف دیگر حق حبس دارد<sup>۴۸</sup> و تا زمان ایفای عین تعهد متقابل مجبور به ایفای عین تعهد نخواهد شد.<sup>۴۹</sup> چون ممکن است عدالت معاوضی به هم

۴۶. برای مثال ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مقرر می‌دارد:

«هرگاه قرارداد کمک و نجات، حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هریک از طرفین توسط دادگاه ابطال یا تغییر داده شود...»

۴۷. برای نمونه به حق فسخ در مورد غبن و ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر، ۱۳۶۲ مراجعه شود.

۴۸. رک. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دائرةالمعارف علوم اسلامی - قضایی، ج ۲، ص ۸۹۲، انتشارات گنج دانش، حق حبس؛ رک. همچنین مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ قانون مدنی ایران.

۴۹. رک. خمینی، امام روح‌الله (ره)، تحریر الوسیله، ج ۱، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، چاپ دوم، ص ۵۳۳؛ انصاری، شیخ مرتضی (ره)، مکاسب، انتشارات علامه، ص ۳۱۲؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، انتشارات استقلال، ص ۲۹؛ رأی شماره ۱۷۸ مورخ ۱۳۱۷/۱/۲۸ دیوان عالی کشور، متین دفتری، دکتر احمد، مجموعه رویه قضایی، انتشارات مهر آیین، سال ۱۳۳۱-۱۳۵۰، ص ۸۳.



بخورد یا طرفی که اجبار به تسلیم مورد تعهد خود شده در نتیجه اعسار یا تلف قهری مورد تعهد یا تقصیر ثالث قادر به ایفای تعهداتش نباشد. اگر دادگاه بخواهد دستور ایفای عین تعهد دهد آن را مشروط به انجام تعهد طرف مقابل خواهد نمود.

#### ۲-۲- شيوه اختيار متعهد براي اجبار يا اخذ خسارت

همانگونه که مطرح شد این شیوه در حقوق فرانسه به کار رفته و اقلیت فقهای جعفری نیز آن را پذیرفته‌اند که برای جلوگیری از اطاله کلام از بحث بیشتر خودداری می‌شود. البته فقهای مذکور معتقد به اجبار یا فسخ می‌باشند و از پرداخت خسارت بحثی نمی‌نمایند.

##### ۲-۲-۱- همردیف بودن اجبار با اخذ خسارت

متعهده مختار است که به هر کدام از طریق جبران خسارات فوق که مایل است متوسل شود. تقاضای اخذ خسارت منوط به عدم امکان اجبار نمی‌باشد.

##### ۲-۲-۲- عدم انتفاع حکم اجبار

در هر حال متعهده حق دارد تقاضای اخذ خسارت ننماید، بلکه صرفاً راه اجبار متعهد را در پیش گیرد. که در این صورت کلیه مضار و منافی را که قبلاً در مورد شیوه اول مطرح کردیم در این مورد نیز صادق است.

## ۳-۲- شیوه اخذ خسارات و استثنائات آن

در این شیوه ضمانت اجرای نقض قرارداد پرداخت مبلغی خسارت است. در این گونه سیستم‌های حقوقی اجبار، جز در موارد استثنایی جایگاهی ندارد.

## ۱-۳-۲- پرداخت خسارت به جای اجبار متعهد

این شیوه غالباً در کامن لو اجرا می‌شود و اولویت را به اخذ خسارت می‌دهد. یعنی در مواردی که متعهد از انجام تعهد خودداری می‌نماید، متعهدله می‌تواند کلیه خسارات مستقیمی که متحمل شده ولی قابل اجتناب نبوده، را مطالبه نماید؛ فقط در موارد استثنایی است که حکم به ایفای عین تعهد داده می‌شود. نظر به این که راجع به شیوه فوق در بحث حقوق کامن لو تا حدودی بحث شده، در اینجا صرفاً به موارد استثنایی که دادگاه حکم به ایفای عین تعهد می‌نماید اکتفا می‌شود.

## ۲-۳-۲- اجبار به ایفای عین تعهد در صورت عدم کفایت خسارات

هنگامی که پرداخت خسارات نتواند متعهد را در موضعی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد وی در آن موضع قرار می‌گرفت، دادگاه می‌تواند، چنانچه صلاح بداند، از طریق صدور حکم یا دستوری متعهد را مجبور به ایفای عین تعهد نماید.

برای مثال بند یک ماده ۵۲ قانون بیع انگلیس با توجه به این اصل که پرداخت خسارت ضمانت اصلی نقض قرارداد است مقرر می‌دارد:

«در دعاوی مرتبط قراردادی که به موجب آن مقرر گردیده است عین معینی تحویل شود یا در مواردی که کالایی برای قرارداد تخصیص داده شده باشد دادگاه می تواند در صورتی که صلاح بداند به تقاضای خواهان طی حکم یا دستوری مقرر دارد که قرارداد باید عیناً اجرا شود بدون این که به خواننده این حق داده شود که از تسلیم کالا خودداری نموده و به جای آن خسارت وارده را پرداخت نماید».

در پرونده اسکای پترولیوم علیه وی.اس.پی. پترولیوم<sup>۵۰</sup> دادگاه انگلیس در موردی که خریدار تمام کالای مورد نیاز خود را از یک فروشنده تأمین می نمود حکم به ایفای عین تعهد داد. باید اذعان کرد که سیستم حقوقی کامن لو با معیار «صلاحدید دادگاه» می تواند قابلیت انعطاف لازمی در سطح بین المللی داشته باشد.

قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا (UCC) در ماده ۷۱۶-۲ با انعطاف بیشتری نسبت به قانون انگلیس به تقاضای ایفای عین تعهد برخورد می نماید. به موجب این ماده دادگاه می تواند در مواردی که کالا عتیقه و منحصر به فرد بوده و یا در اوضاع و احوال دیگری که متناسب بداند، اقدام به صدور دستور یا حکم به ایفای عین تعهد نماید. این ماده برخلاف حقوق انگلیس دستور اجرای عین تعهد را محدود به کالای معین و یا کالای تخصیص داده شده به قرارداد نمی نمایند. مثلاً در مواردی که فروشنده کلیه تولیدات خود را به یک خریدار می فروشد یا هنگامی که خریدار همه مایحتاج خود را از یک فروشنده خریداری می نماید دستور به

50. Sky Petroleum Ltd. v. V.S.P. Petroleum Ltd. (1974), 1, Weekly Law Reports, 576.

ایفای عین تعهد داده خواهد شد.<sup>۵۱</sup> همین امر هم در مورد عرضه کالاهای انحصاری و یا مواقعی که عدم تحویل کالا امکان پیش بینی خسارات وجود ندارد نیز صادق است.<sup>۵۲</sup>

### مبحث سوم

## ارزیابی شیوه های مختلف مقابله با نقض قرارداد

### ۳-۱- مضار و منافع راه حل های موجود

در صورت نقض تعهد، متعهدله، مستحق جبران زیان خویش از طرق قانونی است. در سیستم های مذهبی و حقوق نوشته اولین شیوه مقابله با نقض قرارداد، دستور دادگاه به متعهد برای اجرای عین قرارداد می باشد. این امر در حقوق کامن لو صادق نیست. کامن لو از همان بدو امر شیوه عمل دیگری که پرداخت خسارت پولی است را در پیش گرفته است. راه حل سیستم های حقوق نوشته برای مقابله با نقض قرارداد، که در بدو امر مجبور نمودن ناقض به ایفای عین تعهد بود، به تدریج و با توجه به تغییر اوضاع و احوال و شرایط اجتماعی، سیاسی و اقتصادی و به خصوص ملاحظات اهداف تجاری، انعطاف را می طلبید. ضرورتها و نیازها بر اصول و قواعد حقوق چیرگی یافت و شیوه پرداخت خسارت پولی که از سرعت و اطمینان بیشتری برخوردار بوده در موارد زیادی جایگزین شیوه اجرای عین تعهد گردید. کامن لو هم در شیوه خویش انعطاف نشان داد و در

۵۱. نظریه رسمی ذیل ماده ۷۱۶-۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا.

52. Faranworth E.A. A., "Damages and Specific Relief", American Journal of Comparative Law, 27(1979), at page 247-253.

مواردی که تنها طریقه جبران خسارات ایفای عین تعهد بود، صدور چنین دستوری را تجویز کرد.

با ذکر مقدمه فوق می‌توانیم به طور خلاصه منافع و مضار این راه حل‌ها را طبقه‌بندی نماییم.

۱- در برخی از سیستم‌های حقوق برای حمایت از شیوه اجبار متعهد این تصور وجود دارد که قرارداد وسیله برقراری روابط اجتماعی و اجرای برنامه‌هاست و عدم اجرای آن باعث سستی پایه‌های نظام اجتماعی و به ثمر نرسیدن مقاصد ماهوی عقد می‌شود، لذا دادگاهها تنها چاره را به اجبار متعهد در انجام عین تعهد می‌دانند یا حداقل اولویت‌های خاصی را برای این گونه اجرا قائل می‌شوند.

در این سیستم‌های حقوقی که ایفای عین تعهد، اولین راه‌حل برای مقابله با نقض قرارداد به شمار آمده، دادگاه و متعهدله فقط در صورتی قادرند از شیوه‌های دیگری غیر از طریقه ایفای عین تعهد استفاده نمایند که اجرای عین تعهد به سببی از اسباب امکان‌پذیر نباشد.

در سیستم‌های مذکور اعتقاد بر این است که مجاز بودن طرفین بر انجام قراردادهایی که با میل خود آن را منعقد نموده‌اند و تعهدهایی که پذیرا گشته‌اند عملی هجو و خلاف عدالت و حتی غیرقابل تحمل است. لذا اجرای معادل فقط در صورت عدم امکان اجبار توجیه پذیر است.<sup>۵۳</sup> از جمله دلایلی که برای لزوم ایفای عین تعهد شمرده شده، حمایت از نظم اجتماعی

۵۳. رک. رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوق معاصر، ترجمه دکتر حسین صفایی، دکتر محمد آشوری، دکتر عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی تهران، ص ۲۹۷.

و عدم ایجاد خلل در برنامه‌های اقتصادی و صنعتی، ثبات و امنیت قراردادهای می‌باشد.

۲- برخی سیستم‌های حقوقی، بر این ایده استوارند که استفاده و توسل به طریق ایفای عین تعهد به عهده متعهد، یعنی ذینفع اصلی قرارداد، گذارده شود تا با توجه به صلاح و غبطه خویش تقاضای ایفای عین تعهد کرده یا خسارت وارده را مطالبه نماید.<sup>۵۴</sup>

در این سیستم‌های حقوقی، قرارداد به‌عنوان یک ارزش مالی و کسب منفعتی برای متعهدله محسوب می‌شود؛ لذا به وی اختیار می‌دهند که از دو شیوه مورد نظر یکی را برگزیند که بیشتر به مصلحت وی می‌باشد. اقلیت فقهای جعفری نیز همان‌گونه که مطرح شد، این راه حل را برگزیده‌اند.

شاید بتوان علت این که نظامهای حقوقی، ایفای عین تعهد به سبک قدیم را تعدیل نموده یا از همان اول شیوه فوق را انتخاب نکرده‌اند را در منافع اقتصادی ناشی از نقض جستجو کرد.

۳- سیستم‌هایی که ضمانت مقابله با نقض قرارداد را پرداخت خسارت می‌دانند، طریقه اجبار را یک فشار تحمیلی، خلاف عدالت، خشن و تند محسوب نموده که اجرای تعهدات شخصی را علی‌رغم خواست فعلی متعهد، بر او تحمیل می‌نماید. در این گونه سیستم‌های حقوقی عقیده بر این است: مادامی که انتظارات معمول متعهدله از طریق دیگری قابل جبران است، فشار و تحمیل و زور و اجبار متعهد امری ناپسند و غیراخلاقی جلوه می‌کند. زیرا از طریق اجرای معادل، یا حتی عدم اجرا که پرداخت خسارت

۵۴. سیستم‌های حقوق آلمان و فرانسه.

کامل را به دنبال دارد، هم ضرر متعهدله تدارک می‌گردد و هم متعهد برطبق میل خود عمل می‌کند.

عنوان گردیده که شیوه اجباری انجام تعهد، شیوه‌ای وقت‌گیر می‌باشد؛ و موجب نگهداری پردرد سر کالا و تحمیل وظایف شاق دیگر به متعهد می‌گردد. فرد متضرر از نقض قرارداد می‌تواند با خرید یا فروش کالا، حسب مورد از خود دفع ضرر نماید؛ با این شیوه فعالیت‌های مولد و سود بخش، جریان‌ات عادی خود را طی می‌کند در حالی که حق مطالبه خسارت برای وی نیز محفوظ می‌ماند.

در رد شیوه اجبار عنوان شده که اجبار متعهد به انجام عین تعهد، انگیزه انجام افعال تخصصی و فنی را زایل می‌کند و ثمره مطلوبی به‌بار نخواهد آورد، آزادی طرفین را از بین می‌برد، و با خشونت و تحمیل فشار اقدامی را از متعهد مطالبه می‌کند که ضرورتاً در تجارت بازرگانان مطلوب نیست.

تجار شیوه عادلانه پرداخت خسارت که کاملاً خسارات بازرگانان در تجارت را برطرف می‌سازند و کفایت از ایفای تعهد می‌نماید، و مقرون به صرفه و سریع‌تر و مطمئن‌تر است را ترجیح می‌دهند. پس چرا قانون باید راهی را برگزیند که مطلوب تجار نیست؟

شیوه اجبار به انجام عین تعهد همچنین در قراردادهای خدمات شخصی، نیز در نظر برخی، تحمیلی و نامطلوب بوده و خلاف رضایت فعلی متعهد است و رغبت وی را در انجام صحیح مورد تعهد از بین می‌برد.

نباید تصور کرد که آزاد گذاردن متعهدله در تقاضای ایفای عین تعهد یا پرداخت خسارت با عدالت و انصاف سازگارتر است. اگر متعهدله

در این راه آزاد باشد باز هم اجبار به انجام عین تعهد به قوت خود باقی می‌ماند و تمامی مشکلات مربوط به آن را خواهد داشت. در تجارت مصلحت متعهدله در این است که منافع خویش را به دست آورد. در اینجا نباید منافع متعهد را نادیده گرفت. چرا متعهدی که می‌تواند متعهدله را در موضعی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شود، او در آن موضع قرار می‌داشت، مجبور به اقدامی خلاف آزادی و میل و اراده خویش گردد. بازگذاشتن دست دادگاه در قبول یا رد تقاضای ایفای عین تعهد در مواقعی که این‌گونه ایفا مشقت و عسر و حرج به بار می‌آورد و یا اوضاع و احوال رد تقاضا را ایجاب می‌کند و یا موجب ضرر به جامعه می‌شود تا حدودی به قانون انعطاف می‌دهد، اما مشکلات تجاری را آن‌گونه که باید حل نمی‌نماید. بنابراین آنچه که ذکر آن رفت، مفهوم وفای به عهد و لزوم قراردادها از سیستمی به سیستم دیگری تفاوت داشته و دارد. برخی وفای به عهد را، انجام عین تعهد می‌دانند و در صورت امتناع متعهد با توجه به لزوم قراردادها، وی را که ناقض قرارداد است، مجبور به ایفای عین تعهد نموده و از این طریق به اصطلاح حرمت قرارداد را پاسداری می‌نمایند.

بعضی از نظامهای دیگر به علت مشکلات و موانعی که بر سر راه این شیوه وجود دارد و با توجه به اوضاع و احوال اقتصادی جامعه، افزایش تولیدات و بهبود گردش پول و رونق تجاری، شیوه فوق را مطلوب ندانسته و آن را مردود شمرده‌اند. به هر حال نمی‌توان انکار کرد که رعایت سرعت، اطمینان، سوددهی (نیل به مقصود اصلی) و بهره‌وری شایسته و پاسخگویی به نیازهای جامعه امروزی، شیوه اجبار به انجام عین تعهد را زیر سؤال برده‌است.



گاهی یکی از طرفین قرارداد مجبور به نقض قرارداد شده، و گاهی نیز انجام آن را برای خویش مقرون به صرفه نمی‌دانند. این اجبار و صلاح‌اندیشی در اقتصاد آزاد امروزی با حجم وسیع تعهدات و گردش سریع کالاها، در بسیاری از معاملات اتفاق می‌افتد. جای آن دارد که با چند مثال ساده، عدم مطلوبیت روش ایفای عین تعهد را روشن‌تر نماییم. این مثالها به ما نشان می‌دهد که تقاضا یا صدور حکم به ایفای تعهد چندان هم عملی و جالب نیست و مضرات اقتصادی بسیار زیادی را به بار می‌آورد.

الف: فرض کنید ماهیگیری تعهد نموده برای چندسال هر روز صد کیلو ماهی را صید و به شرکتی تحویل دهد. اگر وی به دلایل شخصی مایل نباشد به تعهد خود عمل نماید، دادگاه در سیستم‌های واجد روش اجبار عین تعهد، می‌تواند وی را مجبور نمایند که علی‌رغم میل خود به دریا برود و ماهیگیری نماید. این امر مفایر با آزادی‌های فردی بوده و مطلوب جامعه امروزی نمی‌باشد.

ب: فرض کنید نجاری تعهد نموده است که برای ساختمانی در و پنجره بسازد. اگر وی مایل به ادامه کار خود نباشد، در صورت اجبار توسط دادگاه، کار را با ظرافت لازم انجام نمی‌دهد. اگر به‌جای ساختن در و پنجره، کسی تعهد نموده باشد که کالاهای پیچیده الکترونیکی و بسیار فنی بسازد، اجبار به انجام تعهد چنین فردی معقول نیست، چون دادگاهها اصولاً افراد فنی کافی و متخصص را در جهت نظارت بر اقدامات وی در اختیار ندارند و حتی اگر چنین متخصصینی در اختیار داشته باشند، به آنها اجازه داده نخواهد شد تا در کشور خارجی به امور سری شرکت‌های دیگر نظارت

نمایند. بنابراین، نظارت دقیق در موارد داخلی برای ایفای عین تعهد بسیار مشکل و در موارد خارجی ناممکن است.

ج: گاهی ایفای عین تعهد مغایر با منافع اقتصادی است. فرض کنید تاجر ایرانی هزار تن برنج باسماتی را از اروگوئه به قرار کیلویی ۵۰۰ تومان خریداری نموده است. اگر وی پس از انعقاد قرارداد پی ببرد که همان برنج که در آن کشور بین ۴۹۰ الی ۵۵۰ تومان قیمت دارد، در پاکستان به قرار کیلویی ۳۰۰ تومان قابل تحصیل می‌باشد؛ اجرای عین تعهد در این حالت ۲۰۰ میلیون تومان ضرر به منافع را بر تاجر ایرانی تحمیل خواهد نمود که از نظر اقتصادی تحمل بی‌جهت چنین ضرری نه عقلایی است و نه قابل پذیرش.<sup>۵۵</sup>

د: اگر جمعی از اشخاص برای تشکیل شرکتی جهت ساختن یک کارخانه مخصوص شریک شوند، و سرمایه‌گذاری اولیه را انجام دهند و قراردادهای لازم را با سازندگان ماشین آلات و قطعات مورد نیاز منعقد نمایند، ولی پس از مدتی متوجه شوند که به علل مختلف از جمله کثرت کارخانه‌های مشابه یا مقرون به صرفه نبودن آن یا عدم امکان اخذ وام مناسب از بانک، ادامه کار مقرون به صرفه نباشد، اجرای قراردادهای اولیه مطلوب نمی‌باشد. مجبور نمودن متعهد به پذیرش ماشین آلات اولیه که احتمالاً کاربرد دیگری ندارد یا قطع تیر آهن‌ها برای ساختن سوله و به‌طور کلی انجام قراردادهای اولیه که جز ضرر برای یک طرف دیگر ثمره‌ای

۵۵. نباید تصور نمود که چرا تاجر ایرانی باید ضرر خود را با ورود ضرر به دیگری دفع کند. در اینجا حتی اگر تاجر اروگوئه ای برنج را به حداقل قیمت محل خویش هم بفروشد ۱۰ میلیون تومان ضرر می‌کند که خریدار ایرانی می‌تواند از سود خود آن را جبران نماید و در عین حالی که او به اهداف تجاری خود می‌رسد تاجر ایرانی نیز ضمن جلوگیری از ضرر به منافع قرارداد بعدی نائل می‌شود.

ندارد، با هیچ منطق اقتصادی و عقلی سازگار نیست. نباید به متعهدله در قرارداد جانبی اجازه داد تا کار عبث و بیهوده‌ای به نام ایفای عین تعهد مرتکب شود. دادگاه نباید دستور ایفای عین تعهد در مورد قراردادی را که به ظاهر واجد همه ارکان است ولی درواقع باعث حیف و میل اموال و دارایی متعهد می‌شود را تجویز نماید.

ه: فرض کنید پس از سالها دوندگی در دادگستری و ارجاع امر به یکی از شعبات دادگاه، قاضی قانع شد که حکم به اجرای عین تعهد بدهد و باز هم فرض کنید دادگاه تجدیدنظر هم همان حکم را تأیید نماید. در این حالت چه کسی در کشور خارجی، که اجبار به انجام عین تعهد بالاخص در مورد احکام صادره از دادگاههای ایران را ندارد، حکم دادگاه را اجرا خواهد کرد؟ چه نظارتی بر کارها و اعمال محکوم ممکن است؟ اگر متعهد موضوع مورد معامله را چنان بسازد که چند روز پس از دوره تضمین از کار افتاده و خراب شود چه تضمینی برای مقابله با چنین اقداماتی وجود دارد؟ ایفای عین تعهد در مورد چنین قراردادی عملی نبوده و مضرات زیادی را به ارمغان خواهد آورد.

۲-۳- ضرورت آگاهی از حکومت عمل شیوه سوم (مطالبه خسارات) در حقوق تجارت بین‌الملل

با برشماری عیوب فراوان شیوه «تقاضای ایفای عین تعهد» و شباهت شیوه «مخیر نمودن متعهدله به اجبار متعهد به انجام تعهد یا پرداخت خسارت» به شیوه «تقاضای اجرای عین تعهد»، و مشکلاتی که دادگاهها

در اجرای عین تعهد دارند، و عدم تمایل آنها به صدور حکم یا دستور چنان ایفایی، اعمال شیوه سوم هموارتر، عملی‌تر و مطلوب‌تر می‌نماید. تصور بسیاری از حقوقدانان ایرانی بر این است که در صورت عدم وفای متعهد به تعهد خویش در تجارت خارجی می‌توان وی را مجبور به ایفای عین تعهد نمود. به هر حال، با تبیین ضمانت اجرای نقض تعهد در چند سیستم حقوقی بزرگ جهان روشن شد که در تجارت بین‌الملل غالباً به شیوه مطالبه خسارات توسل می‌شود و پس از نقض قراردادها بایستی فعالیتهای حقوقی بر روی مطالبه یا پرداخت خسارت و مقدار آن متمرکز شود تا ثمره مطلوب‌تری به بار آید.

#### ثمره مباحث فوق

۱- عنوان گردید هرگاه متعهد به تعهدات خود عمل ننماید، شیوه‌های مختلفی برای مقابله با عدم ایفای تعهد وی وجود دارد. اولین شیوه، اجبار متعهد به انجام تعهد تا نهایت امکان بود. این راه‌حل، علی‌رغم ظاهر پسندیده آن، در بسیاری از موارد، به‌ویژه در تجارت بین‌المللی، ثمرات بسیار نامطلوبی به بار می‌آورد. در بسیاری از سیستم‌های حقوقی، حتی به فرض وجود عدم آثار نامطلوب، اجبار متعهد به انجام عین تعهد را مقرون به صرفه، اقتصادی و مفید ندانسته و مغایر با آزادی‌های فردی محسوب می‌نمایند. هرچند این طریقه برخورد با نقض قرارداد، در حقوق داخلی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است، اما به علت آثار نامطلوب آن قانونگذار مجبور گردیده تا در بسیاری از موارد از آن عدول نموده و به شیوه‌های دیگر متوسل شود. این شیوه در تجارت بین‌المللی کاربردی ندارد

و در تجارت خارجی نیز حقوق ایران به علت عدم امکان اجبار، توسل بدان را ناممکن می‌داند و فسخ و پرداخت خسارت را جایگزین آن می‌نماید.

۲- علی‌رغم بحث‌های بسیار طولانی در پیش‌نویس‌های کنوانسیون وین، شرکت‌کنندگان در کنفرانس وین و بالاخره کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی وین گرهی از مشکلات مربوط به شیوه‌های برخورد با نقض قرارداد را نگشودند. ذکر از عسل حقوق طرفین قرارداد برای تقاضای ایفای عین تعهد طرف دیگر در کنوانسیون، دهان کسی را شیرین نکرد و نتیجه این شد که عیسی به دین خود و موسی به دین خود عمل کنند. اما نباید تصور کرد که این اقدام کنوانسیون غزل خداحافظی است و نباید برای شیوه مقابله با نقض قرارداد تدبیری اندیشید و یا طریقه «هر محلی اسم و عادتی» را در پیش گرفت. باید یقین داشت که هر کجا دردی است درمانش مقرر کرده‌اند.

۳- حقوق‌دانان حقوق نوشته و به‌خصوص حقوق‌دانان اسلامی نباید تصور نمایند که چون در سیستم حقوقی آنها، متعهد مجبور به ایفای تعهد شده یا به متعهدله حق داده می‌شود تا ایفای عین تعهد را از متعهد بخواهد یا قرارداد را فسخ نموده و تقاضای پرداخت خسارت کند، در همه سیستم‌های حقوقی وضع به همین منوال است و دیگران هم همین نگرش را نسبت به شیوه مقابله با نقض قرارداد دارند. چنین تصویری و کلاً در نگارش دادخواست‌ها و ارائه لوایح و دفاعیات خویش، در تجارت بین‌المللی، به جهات غیرقابل قبولی سوق می‌دهد.

۴- شیوه آزادگذاشتن متعهدله برای تقاضای ایفای عین تعهد از متعهد یا فسخ قرارداد و مطالبه خسارت، ضرورتاً کارگشای مشکلات

معاملات تجاری بین‌المللی نخواهد بود. زیرا پذیرش آزادی متعهدله برای اجبار متعهد همان شیوه اولیه‌ای است که نامطلوب بودن آن را در اثنای بحث گوشزد نمودیم.

۵- شیوه آزادی متعهد به انتخاب ایفای عین تعهد یا پرداخت خسارت به جای ایفای عین تعهد، به طوری که متعهدله را در موضعی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شود، وی در آن موضع قرار می‌گیرد، نه تنها با قواعد اسلامی ناسازگاری ندارد و با المومنون عند شروطهم و اوفوا بالعقود ناهماهنگ نیست بلکه مراعات عین آن اصول است. اگر در معاملات بین‌المللی صریحاً یا ضمناً شرط شود که متعهد حق دارد بین دو روش فوق یکی را برگزیند، اقدامی جز وفای به عهد انجام نداده و از شروط قراردادی عدول نموده است. به طریق اولی، اگر عرف بین‌المللی بر این قرار گرفته که متعهد در انتخاب اجرای قرارداد یا پرداخت خسارت مخیر بوده و بدین شیوه هم عمل شده باشد به طوری که با وجود عدم ذکر صریح آن در عقد به منزله درج آن در قرارداد باشد، آیا بر اقدام متعهد به پرداخت خسارت به جای ایفای عین تعهد ایرادی وارد است؟ مسلماً جواب منفی بوده و اقدام متعهد نفس ایفای عین تعهد و یا وفای به شرط می‌باشد.

این که فقهای اسلامی فرموده‌اند: متعهد باید به تعهد خود عمل نماید در مواقعی است که تعهد متعهد به صورت تخییر در اجرای عین قرارداد یا پرداخت خسارت نباشد. هنگامی که عرفاً اختیار فوق برای متعهد وجود داشته باشد و ایشان به یکی از آن اختیارات عمل کند در واقع قرارداد را اجرا نموده و یا به شرط موجود در آن جامه عمل پوشانده است. به عبارت دیگر اصل اوفوا بالعقود را مراعات نموده است.

۶- با ملاحظه بحث‌های فوق، به کدام یک از شیوه‌های مذکور سه‌گانه می‌توان در تجارت بین‌المللی اولویت داد؟ حقیقت مطلب این است که متعهدین در قراردادهای بین‌المللی تمام سعی خود را مبذول خواهند داشت تا قرارداد را، هرچند تا حدودی به ضرر آنها باشد، به مرحله اجرا درآورند، چون تجارت درازمدت آنها در معاملات بعدی چنین اقدامی را اقتضا می‌نماید. متعهدین تا نهایت امکان تلاش می‌نمایند برای حفظ مشتریان یا گرفتن تخفیفات مناسب از فروشندگان قرارداد را اجرا نموده و از نقض آن اجتناب نمایند.

به هر حال، چنانچه قرارداد نقض شود، شخصی که با نقض قرارداد مواجه شده، جز در موارد نادر، تقاضای ایفای عین تعهد را از طرف مقابل نخواهد نمود. وی، حسب مورد، یا مبیع را از منبع دیگری تهیه نموده یا آن را به شخص ثالثی می‌فروشد و خسارت خود را از ناقض قرارداد مطالبه می‌کند. این نحوه برخورد با ناقض قرارداد متعهدله را به مراتب، سریع‌تر، مطمئن‌تر، آسان‌تر و با دغدغه خاطر کمتر به اهداف تجاری خود می‌رساند؛ در عین حال آزادی متعهد سلب نشده و منافع احتمالی اقتصادی وی برای نقض قرارداد از بین نمی‌رود. با این اقدام، مشکلات عدیده‌ای که در مباحث فوق از آنها ذکر شد، ظهور نخواهد نمود و در عین حال، متعهدله را تقریباً، اگر نه کاملاً، به اهداف تجاری خویش می‌رساند.

۷- عنوان گردید که در موارد نادری قرارداد باید عیناً اجرا شود. به نظر می‌رسد این موارد همان مواردی است که غالباً در سیستم حقوق نوشته و حقوق اسلامی، دادرس غالباً مبادرت به صدور ایفای عین تعهد می‌نماید و قاضی در سیستم حقوقی کامن‌لو و سیستم‌های مشابه، آنها را از موارد

استثنایی از قاعده اصلی پرداخت خسارات محسوب نموده و در صدور حکم یا قرار یا دستور ایفای عین تعهد تردیدی به خود راه نمی‌دهد. حال باید اهم این موارد مشترک را پیدا نموده و بر آن توافق کرد تا کلیه دادگاه‌ها در آن موارد به صدور حکم اجرای عین تعهد و شناسایی آن اقدام نمایند. اگر در این کار موفق شویم مشکلی که کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد بیع بین‌المللی کالا (مصوب ۱۹۸۰ وین) از حل آن عاجز شده بود را برطرف نموده‌ایم.

در اینجا کافی است تأکید شود که طرفین معمولاً عین قرارداد را اجرا می‌نمایند. اگر قرارداد نقض شود متعهدله غالباً به جای تقاضای اجرای عین قرارداد، به تقاضای پرداخت خسارت متوسل می‌شود. پس اگر قرارداد اجرا نشد، باید اصل را بر پرداخت خسارات قرارداد. مبلغ خسارات پرداختی باید به اندازه‌ای باشد تا متعهدله را در موضعی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد وی در آن موضع قرار می‌گرفت.<sup>۵۶</sup>

با پذیرش شیوه سوم و گسترش استثنائات آن، که در واقع پذیرش شیوه اول و دوم است با محدود نمودن عمومیت آنها و گسترش استثنائاتشان، تکلیف متعهدله روشن می‌شود. او باید در صورت نقض قرارداد، جز در موارد استثنایی، به چاره تقاضای پرداخت خسارت متوسل شود. اینک لازم است مهمترین مواردی که در آنها متعهدله باید حق داشته باشد ایفای عین تعهد از متعهدله را از طریق دادگاه بخواهد احصا نماییم. این موارد عبارتند از:

۵۶. در اینجا فرض است که موارد رافع مسؤولیت نظیر فورس مازور وجود ندارد و قواعد دیگر قراردادی یا قانونی نظیر قاعده مقابله با خسارت مراعات می‌شود.



- الف: در موردی که مبیع منحصر به فرد باشد.
- ب: در عین معینی که در اختیار متعهد است و اخذ آن بدون مشکلات برای مأمورین اجرا ممکن باشد و متعهد هم متحمل خسارات گزاف نشود.
- ج: در مواردی که قرارداد بیع برای کل کالاهای تولید شده بوده یا قرارداد مذکور جهت تمام مایحتاج خریدار منعقد شده باشد و موجب ضرر کلان به طرف دیگر نشود و مغایر اصول رقابت نباشد.
- د: مواردی که دادگاه با توجه به اوضاع و احوال (مثلاً در وضعیت جوامعی که اقتصاد آنها از پیش طراحی شده است) صدور ایفای عین تعهد را متناسب بداند.
- ه: مواردی که مبیع در انحصار فروشنده بوده و منبع دیگری جهت خرید آن موجود نباشد.
- و: مواردی که طرفین در قرارداد خود صریحاً قید حق تقاضای ایفای عین تعهد را درج نموده باشند.
- در پایان باید اضافه نمود که علی‌رغم بررسی حاضر، تحقیق جامع دیگری در مورد این که در چه مواردی قرارداد باید عیناً اجرا شود لازم است. در آن تحقیق اولاً باید قواعد حقوقی مربوطه عمده‌ترین سیستم‌های حقوقی جهان مورد بررسی و مطالعه تطبیقی قرار گیرد و ثانیاً از نظر اقتصادی بررسی شود که در چه مواردی جایز است متعهدله حق توسل به شیوه «ایفای عین تعهد» داشته و دادگاهها ملزم به پذیرش، صدور حکم و شناسایی و اجرای آن باشند.