

A Comparative Study of the Obstacles to Performing the Same Obligation in Islamic Jurisprudence, Iranian and British Law¹

Mohammadreza Ashtari

Ph.D. Student, Law Department, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

Ashtari_۱۳۴۰@yahoo.com

Hassan pashazadeh

Assistant Professor, Law Department, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran (**Corresponding Author**). pashazadeh۴۰@gmail.com

Salman valizadeh

Assistant Professor, Law Department, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

salmans۷۲۴۰۸@gmail.com

Abstract

The present study aims to compare the obstacles to performing the same obligation, in Islamic jurisprudence, Iranian and British Law. The method used in the study is descriptive analysis and the results showed that in the case of breach of contract, instead of obligation that compels the obligor to perform the same obligation or impede performance of the obligation or claim for damages or other compensations, the obligee has the right to make a claim either for the fulfillment of the same obligation or compensation. As long as there is no obstacle, the obligor performs the same obligation, and the court considers the request of the obligee. However, if it is not possible to compel the obligor to perform the same obligation or due to some obstacles, the judicial process prolongs or costs increase, the court is obliged to follow up. The obligee is also entitled to rescind the contract and doom the obligor to pay penalty for breach of contract.

Keywords: Same Obligation for Damages, Islamic jurisprudence (Fiqh), Iranian law, British law, Damages, Contract Rescission.

¹ **The present study is taken from:** Mohammad Reza Ashtari, Ph.D., in the field of private law, **Entitled:** A comparative study of the implementation of the same obligation in Iranian and British law, Supervisor: Hassan Pashazadeh, Advisor: Salman Valizadeh, presented at Islamic Azad University, Tabriz Branch, May is ۱۳۹۸.

بررسی تطبیقی موانع اجرای عین تعهد در فقه، حقوق ایران و انگلیس^۱

محمد رضا اشتری

Ashtari_۱۳۴۵@yahoo.com

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

حسن پاشازاده

pashazdeh۴۵@gmail.com

استادیار، گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).

سلیمان ولیزاده

salmans۷۲۴۵۸@gmail.com

استادیار، گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

چکیده

هدف پژوهش حاضر بررسی تطبیقی موانع اجرای عین تعهد در فقه، حقوق ایران و انگلیس است. روش پژوهش توصیفی-تحلیلی بوده و نتایج نشان داد که هر دو نظریه از جهتی قابل ایراد و اشکال 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 ایفای تعهد به وسیله متعهد، الزام قانونی متعهد له بر پیمودن راه اجبار و منع از توسل به دیگر روش‌های جبران خسارت در بسیاری از موارد باعث اتلاف وقت، صرف هزینه سنگین و عدم جبران مناسب خسارت ناشی از نقض قرارداد به دلیل طولانی شدن روند دادرسی و از دست رفتن مطلوبیت قرارداد می‌گردد که مورد خواست مشترک و انتظار اولیه دو طرف نبوده و برخلاف اصل حسن نیت بوده و لزوم پابندی به قرارداد تا جایی است که از هدف اصلی اولیه خارج نشود. از سویی اصالت بخشیدن به دیگر روش‌های مقابله با نقض قرارداد و جبران خسارت و عدم 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 متعهد له را به هدف ثانویه خود یعنی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌رساند، ولیکن با روح قرارداد و هدف اولیه که اجرای عین تعهد است، مغایرت دارد و در مواردی انجام عین تعهد بهترین و مناسب‌ترین روش تأمین منافع قراردادی متعهد له است. بر این اساس جمع دو نظریه به این است که در صورت تخلف و نقض قرارداد به جای الزام قانونی متعهد له به برگزیدن راه اجبار متعهد به اجرای عین تعهد و یا سد نمودن این راه و بسنده کردن به مطالبه خسارت یا دیگر روش‌های جبران، متعهد له از حق انتخاب اجرای عین تعهد یا مطالبه جبران خسارت به یکی از روش‌های 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 به دلیل عدم امکان اجبار، وجود مانع، بیم طولانی شدن فرآیند رسیدگی و اتلاف وقت و افزایش هزینه، از اجرای عین تعهد صرف‌نظر 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 کند.

کلیدواژه‌ها: عین تعهد خسارت، فقه، حقوق ایران، حقوق انگلیس، خسارت، فسخ قرارداد.

^۱ پژوهش حاضر برگرفته از: رساله دکتری محمد رضا اشتری، در رشته حقوق خصوصی، با عنوان: مطالعه تطبیقی اجرای عین تعهد در حقوق ایران و انگلیس، استاد راهنما: حسن پاشازاده، استاد مشاور: سلیمان ولیزاده، ارائه شده در دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، اردیبهشت ۱۳۹۸ است.

در قراردادهای معوض، دو طرف قرارداد تعهدات متقابلی نسبت به یکدیگر دارند، در عین حال در مقام اجرای قرارداد، یکی از طرفین ممکن است به عللی تعهد خود را انجام ندهد. در این صورت اقتضای لزوم قراردادها این است که متعهد له بتواند متعهد را به اجرای تعهد وادار کند؛ چه اجبار متعهد به انجام تعهد از امور مسلم نظام حقوقی ایران است. ایفای تعهدات امری مسلم بوده و هنگامی که تعهدی شکل می‌گیرد، اجرای آن مهم‌ترین مسئله است. اجرای عین تعهد، مطلوب هر قراردادی و دربرگیرنده رضایت عقدی می‌باشد و هدف آحاد جامعه از انعقاد قراردادهای مختلف، دست یافتن به معوض تعهدات می‌باشد و باقی ماندن و معطل شدن تعهدات بر روی کاغذ و مراجعه به دادگاه‌ها و طی مسیر طولانی دادرسی، مطلوب هیچ یک از افراد جامعه نمی‌باشد. به همین جهت تبیین دقیق اجرای عین تعهد دارای ارزشی مضاعف است. همه اشخاص جامعه در روابط روزمره خود با دیگران با حقوق و تکالیفی مواجه می‌شوند که لازمه یک زندگی اجتماعی است و یک پیوند ناگسستنی بین آنها ایجاد می‌گردد. بخشی از این حقوق و تکالیف از حیث اخلاقی قابل توجه بوده و بخش دیگر آن، داخل قلمرو حقوق می‌شود که یکی از مصادیق بارز آن تنظیم قراردادها است.

به موجب هر قراردادی طرفین آن موظف به اجرای مفاد آن هستند و این تعهدات حادث به موجب قرارداد توسط قانون مورد حمایت قرار می‌گیرد و چنانچه طرفین از تعهدات قراردادی عدول کنند، قانون‌گذار در جهت حمایت از شخص زیان‌دیده وارد عمل می‌شود و با شیوه‌های متعدد به سراغ پیمان‌شکن می‌رود. یکی از شیوه‌های جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد که مهم‌ترین سهم را در قوانین موضوعه دارد، اجبار به انجام عین تعهد است. این روش مقتبس از نظر مشهور فقهای امامیه بوده و دارای سابقه در دیگر نظام‌ها نظیر رومی - ژرمنی و کامن‌لا^۱ می‌باشد. به موجب این شیوه چنانچه متعهد از اجرای تعهد خودداری نمود، متعهدله مکلف است حسب مورد از طریق مراجع دارای صلاحیت ابتدا الزام متعهد را به انجام تعهد خواستار شود و در صورت تعذر اجبار متعهد له حق فسخ قرارداد را دارد.

هرچند قرارداد را می‌توان تابع اراده طرفین دانست که در نتیجه آن، حقوق و تعهدات قراردادی به حاکمیت اراده و خواست متعاقدان بازمی‌گردد، اما این تفسیر، مربوط به زمانی است که اختلافی بین طرفین پیش نیامده است. آنگاه که اختلاف پیش آمده و یکی از طرفین برخلاف تراضی اولیه حاضر به اجرای تعهدات خود نمی‌شود، طرف دیگر ناگزیر به قواعد حقوقی تمسک می‌جوید تا داد از بیدادگر بستاند. جایگزین‌های عدم ایفای عین تعهد در حقوق ایران پیش‌بینی شده است. در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی قاعده اولیه این است که حتی‌الامکان، متعهد باید ملزم به اجرای عین تعهد شود و صرفاً در صورت عدم امکان اجبار متعهد است که می‌توان حکم به پرداخت خسارت صادر نمود. در حقوق انگلیس صرفاً در موارد استثنایی، متعهد متخلف، ملزم به انجام عین تعهد می‌شود. در نظام حقوقی ایران جایگزین‌های عدم ایفای عین تعهد روش‌های زیادی داشته، به طوری که قانون‌گذار برای عدم ایفای عین تعهد روش‌های متعددی را در نظر گرفته است. همان طور که گفته شد قانون مدنی ایران به پیروی از نظریه مشهور، اجرای مستقیم تعهد را به عنوان اولین راه حل مقابله با نقض قرارداد پیش‌بینی کرده است. در این راستا طبیعی است که متعهد له برای اجبار متعهد ناگزیر از مراجع به مقامات عمومی خواهد بود. ضمانت اجرا قدرتی است که برای به کار بستن قانون با حکم دادگاه از آن استفاده می‌شود. به تعبیری دیگر ضمانت اجرا، وسیله مستقیم یا غیرمستقیم برای انجام الزامات قانونی یا قراردادی و یا جبران ضرر و زیان‌دیده است.

^۱ Common law

یکی از ضمانت‌اجراهای قراردادی «وجه التزام» مندرج در قراردادها است و به این صورت که معمولاً در قراردادهای تجارتي، شرطي گنجانده مي‌شود که بر طبق آن در صورتي که يکي از متعاملين از اجرائ آنچه قرارداد به عهده وي گذارده است خودداري کند يا به عملي مبادرت ورزد که مطابق قرارداد ممنوع اعلام شده است، بايد مبلغی را که در قرارداد معين مي‌شود به عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت کند. شرط مزبور ممکن است فقط به نفع يکي از متعاملين بوده يا ممکن است شرط، ناظر به منافع هر دوي متعاملين باشد. شوراي نگهبان در خصوص اخذ خسارت تأخير تأييديه براي بانک‌ها، پاسخ داده و جواز اخذ خسارت تأخير تأييديه به صورت وجه التزام براي بانک‌ها را در نظريه استفساريه اعلام کرده است. پس قطعاً «وجه التزام» در مواردی که موضوع تعهد اصلي وجه نقد است، اعتبار دارد.

راه‌ها و روش‌های ديگري براي عدم ايفاي عين تعهد در حقوق ايران پيش‌بيني شده که مي‌توان به اجرائ غيرمستقيم (فشارهای بدني و مالي) اشاره کرد. بررسي اين موضوع از اين حيث اهميت ويژه‌اي دارد که در نظام حقوقی ايران شايد جايگزين‌های متفاوتی براي عدم ايفاي عين تعهد پيش‌بيني شده، ولی اين موضوع تاکنون به صورت کامل و مدون بررسي نگرديد است.

۲- موانع اجرائ عين تعهد در حقوق ايران

۱-۲- بطلان عقد

مواردی که بطلان قرارداد موجب مي‌گردد تا تعهدات مندرج در آن قابليت اجرا نداشته باشند را مي‌توان در فقدان شرايط اساسی صحت، از جمله فقدان شرايط موضوع، جستجو نمود که خود بر دو نوع است: شرايط عمومي و اختصاصی.

الف- شرايط عمومي

شرايطی مي‌باشند که ملاک صحت کليه معاملات هستند و ماده ۱۹۰ قانون مدني در بيان شرايط چنين مقرر مي‌دارد: قصد و رضای طرفين، اهليت طرفين، موضوع معين که مورد معامله باشد، مشروعيت جهت معامله.

ب- شرايط اختصاصی

شرايطی هستند که ناظر بر معاملات خاص مي‌باشند، نظير قبض در وقف و رهن و تعيين مدت در اجاره و نکاح موقت. پس اگر در معامله‌ای يک طرف قرارداد صغير باشد و يا قصد يک طرف بيع و قصد ديگري قرض، معاملات مزبور به دليل فقدان اهليت يا قصد و عدم توافق دو اراده در موضوع عقد، باطل بوده و تعهدات موضوع آن قابل اجرا نيست. قسم ديگر يعني شرايط موضوع معامله شرايطی هستند که به عقد اعتبار بخشيده و رعايت مفاد آن را الزامي مي‌نمايد. ضمانت اين‌گونه شرايط نيز بطلان عقد و غيرقابل اجرا بودن تعهدات مي‌باشد. اهم اين شرايط عبارت‌اند از: معلوم و معين بودن، ماليت داشتن، متضمن منفعت مشروع بودن، منفعت عقلايي داشتن، قابل انتقال بودن، موجود بودن، مقدور التسليم بودن.

۲-۲- عدم مشروعيت

در مواد ۱۹۰ و ۲۱۵ قانون مدني از مشروعيت جهت و منفعت ناشی از معامله صحبت به ميان آمده است و به دليل اينکه قانون‌گذار خود را موظف به حفظ مصالح اجتماعي و اخلاقي قراردادها مي‌دانسته، ضمانت اجرائ عدم مشروعيت را بطلان عقد قرار داده است تا بدین وسيله از شيوع قراردادهايی که به فساد و تباهي جامعه منجر مي‌گردد، جلوگيري به عمل آورد. ماده ۲۱۷ قانون مدني مقرر مي‌دارد: در معامله لازم نيست که جهت آن تصريح بشود، ولی اگر تصريح شده باشد بايد مشروع باشد و الا معامله باطل است.

از این ماده چنین مستفاد می‌گردد که اصل بر مشروعیت است و به دلیل اینکه اعمال و جهات نامشروع قابل احصاء نیست، لذا باید با شناخت ملاک‌های نامشروع، قراردادهای باطل و غیرقابل اجرا را از قراردادهای صحیح و قابل اجرای تعهدات ناشی از آن بازشناخت، ملاک‌های عدم مشروعیت عبارتند از:

الف- منع قانونی

در مواردی که منع قانونی از انجام عملی وجود دارد، اگر متعاملین انجام آن عمل را هدف از معامله قرار دهند، جهت نامشروع محسوب شده و عقد باطل است، نظیر ماده ۶۶۳ قانون مجازات اسلامی. لذا صدر ماده ۳۴۸ قانون مدنی اشعار می‌دارد: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است، باطل است. نمونه بارز موارد غیرم شروع که به موجب قانون منع گردیده‌اند، خرید و فروش اسلحه است که تعهدات ناشی از خرید و فروش اسلحه قابل اجرا نمی‌باشد یا نظیر ماده ۶۶۳ قانون مجازات اسلامی که چنانچه شخصی اموال در توقیف دولت را به دیگری واگذار می‌نماید، علاوه بر بطلان، مجازات نیز دارد. اگر تعهدی دارای منع قانونی نباشد، ولی با روح قوانین مغایرت و مخالفت داشته باشد نیز به مورد اجرا قرار نخواهد گرفت.

ب- مخالفت با نظم عمومی

تعهدات خلاف نظم عمومی از مهم‌ترین مواردی هستند که دادگاه‌ها اجبار به اجرای آن‌ها را مورد حکم قرار نمی‌دهند. ماده ۹۷۵ قانون مدنی در این رابطه چنین مقرر می‌دارد: محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود را به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

ج- مخالفت با اخلاق حسنه

سومین دسته از تعهداتی که اجرای آن قابل درخواست متعهد له نیست، تعهداتی است که برخلاف اخلاق حسنه می‌باشد و تحدیدی بر تعهدات ناشی از عقود معرفی شده است، به طوری که تعهد از مرز اخلاق حسنه فراتر نمی‌رود، وگرنه فاقد ضمانت اجرا خواهد بود. ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی در این رابطه بیان می‌دارد: عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست. علت افزودن اخلاق حسنه بر موانع نفوذ عقد این است که هیچ‌گاه حقوق نمی‌تواند به امور غیراخلاقی بی‌اعتناء بماند و هیچ قانون‌گذاری نیز نمی‌تواند وضع مواد قانون را از حداقل موازین اخلاقی مورد تقاضای مردم منحرف سازد.

د- عدم قدرت بر تسلیم

هدف نهایی از همه التزامها اجرای آن‌ها است و در دادوستدها همه چیز مقدمه این است که عوضین با هم مبادله شوند و هر کدام در اختیار مقابل قرار گیرند و مالکیت بدون قدرت بر تصرف هیچ سودی ندارد. لذا، امکان تسلیم مال مورد انتقال بایستی از شرایط درستی تملیک با تعهد به شمار آید. از طرفی هر تعهد ناممکن را می‌توان باطل به شمار آورد و یکی از مواردی که اجرای تعهد را ناممکن می‌سازد، عدم امکان تسلیم مال مورد انتقال است. ماده ۳۴۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است، مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد. منظور از عنوان قدرت بر تسلیم این است که توان تسلیم را باید در شخص متعهد بررسی نمود.

اما، مفاد ماده ۳۴۸ قانون مدنی نشان می‌دهد که بطلان قرارداد در خصوص موردی است که عدم قابلیت تسلیم ناشی از وضع خود مال باشد، نه ناتوانی شخص متعهد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۸۷). لذا می‌توان ادعا نمود که قدرت بر تسلیم موضوعیت ندارد، بلکه طریقت دارد. بدین جهت اگر ناقل قادر بر تسلیم مورد معامله نباشد، ولی منتقل الیه خود قادر بر تسلیم باشد، معامله صحیح خواهد بود. در نتیجه ناتوانی در تسلیم مفهومی مطلق است، نه نسبی، یعنی مورد انتقال باید قابل تسلیم نباشد و ناتوانی شخص مالک یا نماینده او کافی برای بطلان معامله نیست.

۲-۳- ناممکن شدن اجرای تعهدات

در مواردی که شخصیت خود متعهد در انعقاد تعهد، عامل اصلی می‌باشد، به طوری که اگر آن شخصیت نبود تعهد هم واقع نمی‌شد، آن فرد و شخصیت او از نظر علمی، هنری یا تجاری سبب انعقاد تعهد گردیده است و در صورت عجز از تعهد، مثل فوت، جنون و... اجبار به انجام تعهد توسط شخص دیگر امکان ندارد، چون شخص دیگر، مد نظر نیست، در این موارد به دلیل ناممکن شدن انجام تعهد، تعهد فسخ می‌شود، مگر علت عجز قابل برطرف شدن باشد و بعد از مدتی این امکان برای متعهد به وجود آید که تعهد را به انجام رساند. گاهی در عمل، امکان اجرای تعهد ناممکن می‌گردد. ماده ۲۸۷ قانون مدنی به تلف مورد تعهد (مبیع)، بدون تقصیر متعهد (بایع) اشاره نموده است و مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی به تقصیر در تلف پرداخته‌اند. در فقد تقصیر، اجرای تعهد ناممکن می‌گردد و در تقصیر، بدل و قیمت به عهده متعهد مستقر می‌گردد. ماده ۳۸۹ قانون مدنی به تلف مورد تعهد از سوی متعهدله می‌پردازد که ثمن به متعهد مسترد می‌گردد و در عین معین و کلی با تعیین مصداق، این امر صادق است، اما در صورتی که مصداقی دیگر در کلی بدون تعیین تلف گردد، تلف مورد تعهد توسط ثالث و ناممکن شدن تعهد، سبب فسخ می‌گردد. حادثه‌ای خارجی که منتسب به شخص یا اشخاصی نمی‌باشد، چنانچه سبب از بین رفتن مورد تعهد گردد (مانند حوادث غیرمترقبه) در صورتی که پس از رفع آن حوادث بشود مورد تعهد را به جا آورد، باید متعهد آن را به جا آورد و در غیر این صورت به دلیل ناممکن شدن انجام تعهد، تعهد باطل می‌گردد، چون موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند. قانونی که بعد از وقوع تعهد وضع شده و انجام آن تعهد توسط قانون ممنوع می‌گردد، سبب ناممکن شدن آن می‌شود و این از موارد بطلان تعهد است.

۲-۴- گذشت و انقضاء زمان در عقود و تعهدات موقت

در قراردادها و عقود که قصد طرفین در انجام موضوع آن، محدود به زمان خاص بوده یا هدف غایی متعهد له، انجام موضوع تعهد در محدوده‌ای از زمان باشد و انجام آن تعهد در خارج از زمان مقرر مورد نظر وی نباشد، در این صورت چنانچه موضوع تعهد در زمان معهود صورت نگیرد نیز از مواردی است که می‌تواند اجرای تعهد را با مانع روبرو سازد. همان طور که ممکن است شروطی در ضمن قرارداد آورده شود، ممکن است شرط زمان در قرارداد گنجاده شود. متعهد همان‌گونه که به اصل عقد پایبند بوده، به شرایط زمانی آن نیز پایبند خواهد بود.

۲-۵- تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال اقتصادی بر قرارداد

از نظر حقوقی، اوضاع و احوال به مجموع شرایط نوعی یا به اصطلاح دیگر غیر ذاتی^۱ گفته می‌شود که منجر به پیدایش یک عمل حقوقی می‌گردد. به عبارت دیگر اوضاع و احوال به معنی کلیه شرایط غیرذاتی موجود در زمان وقوع یک عمل حقوقی است که طرفین با در نظر گرفتن شرایط مذکور اقدام به انجام آن می‌کنند.

^۱ Object tine

این شرایط که می‌تواند اقتصادی، سیاسی، حقوقی، قضایی باشد، هیچ‌گاه ثابت و بدون تغییر نمی‌ماند و ممکن است مانند هر پدیده دیگر، در اثر عوامل و علل خارجی دست‌خوش دگرگونی و تحول شود. به این ترتیب منظور از تغییر اوضاع و احوال، دگرگونی شرایطی است که در زمان وقوع یک عمل حقوقی مورد توجه و قصد مشترک طرفین است و در واقع مبنای اساسی تراضی را تشکیل می‌دهد. بی‌گمان این دگرگونی و تحول در قدرت الزام‌آور عقد تأثیر می‌گذارد و معامله را از اعتبار ساقط می‌کند. بنابراین، هر قراردادی دربردارنده این شرط ضمنی است که معامله تا زمانی معتبر و الزام‌آور است که اوضاع و احوال از زمان وقوع آن، تغییر اساسی نکند. باید توجه داشت که عنصر اصلی در این نظریه دشواری و مشقت غیرمعمول و نه ناممکن شدن اجرای تعهد می‌باشد. به این معنی که اجرای تعهد، وی را دچار سختی و مشقت می‌کند و خسارت قابل توجهی می‌بیند. علی‌رغم اشتراکی که این مسئله با قوه قاهره در عناصر اساسی تشکیل‌دهنده آن دارد، باید توجه داشت که تغییر اوضاع و احوال تنها موجب دشواری، پرهزینه شدن و مشکل شدن اجرای قرارداد (و نه عدم امکان اجرا) می‌شود. بنابراین، با حادثه غیرقابل اجتناب تفاوت ماهوی و تعیین‌کننده‌ای پیدا می‌کند. نتیجه بروز قوه قاهره آن است که اجرای تعهد حتی با هزینه گزاف و مشقت فراوان ممکن نیست، در حالی که تغییر اوضاع و احوال، موجب سلب قدرت نشده، بلکه فقط آن را با دشواری و مشقتی روبه‌رو می‌سازد.

۲-۶- تغییر اوضاع و احوال در قانون مدنی ایران

از آنجا که قانون مدنی ایران تنها به حوادث خارجی و غیرقابل دفعی که منجر به عدم انجام تعهد توسط متعهد می‌گردد، پرداخته، ماده ۲۲۷ قانون مدنی ایران در مورد دشواری اجرای قرارداد و یا به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی در اثر حوادث پیش‌بینی نشده سخنی به میان نیاورده است، به ناچار باید با استفاده از مبانی معاذیر قراردادی در حقوق مدنی و بررسی موادی از قانون که به دشواری و ضرر اشاره کرده است، متوسل شد.

۲-۷- دشواری اجرای تعهد

قانون مدنی در موارد دشواری اجرای تعهد در اثر بروز حوادث، حکمی ندارد و همان‌گونه که گفته شد به غیرممکن شدن اجرای تعهد اشاره کرده است. با بررسی قانون مدنی معلوم می‌گردد که قانون‌گذار به دشواری‌هایی که ممکن است از الزام به انجام تعهد برای متعهد و یا مدیون به وجود آید، توجه کرده است. این توجه در سال‌های اخیر در تصویب قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ و اصلاح پاره‌ای از مواد قانون مدنی در سال‌های ۶۱ و ۷۰ بیشتر شد. اگرچه تا قبل از تصویب قانون مذکور، قانون‌گذار تنها بعضی از تأثیرات دشواری در اجرای تعهد و یا پرداخت دین را مورد توجه قرار داده بود، اما در سال‌های فوق‌الذکر با استفاده از الفاظ «عسر و حرج» به قاعده‌ای فقهی، یعنی قاعده نفی عسر و حرج توجه کرد. حقوق امامیه براساس قاعده نفی عسر و حرج، هرگونه دشواری و مشقت را چه در احکام تکلیفی و چه در احکام وضعی برای مکلف روا نمی‌دارد. از جمله این احکام، الزام به انجام تعهد است که اگر در اثر بروز حوادث پیش‌بینی نشده و دگرگونی در شرایط و اوضاع و احوال اجرای عقد دشوار و موجب مشقت غیرقابل انتظار برای متعهد گردد، به حکم قاعده نفی عسر و حرج برداشته می‌شود. قاعده مذکور به اعتقاد بعضی از فقها، مبنای خیار غبن نیز می‌تواند قرار بگیرد و حق فسخ برای متعهدی که از اجرای عقد دچار عسر و حرج شده است، ایجاد کند (نورانی مقدم، ۱۳۷۴، ص ۹۰). این مبنا در حقوق مدنی ایران راه یافته و هر جا که اجرای حکمی مستلزم مشقت و حرج بوده، به نحوی قانون‌گذار درصدد رفع حکم و کاستن از شدت و عسر ناشی از امر مذکور برآمده و وسیله‌ای برای قاضی در تعدیل حکم قراردادی شده است.

تقسیم بدهی مدیون، دادن مهلت به مدیون برای پرداخت دین، عدم فروش خانه و مرکب برای پرداخت دین به عنوان مستثنیات دین، عدم تخلیه ملک مورد اجاره توسط مستأجر پس از پایان مدت اجاره به دلیل عسر و حرج وی، اجبار مرد به طلاق در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد و... همه از مواردی است که با قاعده نفی عسر و حرج توجیه می‌گردد.

۲-۸- موانع اجرای عین تعهدات در کشور انگلستان

الزام به اجرای عین تعهد، صرف‌نظر از این که به عنوان اصل یا استثناء پذیرفته شود، در مقام اعمال ممکن است با دو دسته از موانع و محدودیت‌ها روبه‌رو 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 می‌باشد.

۲-۹- موانع ناشی از وضعیت خاص قرارداد

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

الف- قراردادهای قائم به شخص

در حقوق انگلیس در مواردی که انجام تعهد به مباشرت و شخصیت متعهد وابسته است، مانند نقاشی یا طبابت یک فرد خاص، حکم به اجبار متعهد را غیرعملی یا مغایر با آزادی و حقوق شخصیت متعهد می‌دانند (Lando, 2001, P. 351). بخش ۱۶ قانون روابط کارگری انگلیس مصوب ۱۹۶۹ رأی به اجبار اجرای عین تعهد را در چنین تعهداتی منتفی می‌داند، زیرا اجرای عین تعهد را علیه کارگر، مداخله ناعادلانه در آزادی شخص او محسوب می‌کند و بر پایه همین طرز تفکر، دادگاه‌های انگلیس نمی‌توانند حکم به اجبار اجرای عین تعهدات مستخدم را صادر کنند (Guest, 1977, P. 984). چنانچه اجرای قرارداد قائم به شخص متعهد باشد و او قرارداد را نقض نماید، اجرای عین تعهد با مانع روبه‌رو می‌شود. 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، ص ۲۸۵). 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 می‌پذیرد، لیکن در فرضی که متعهد حکم دادگاه را اجرا نکند، اجبار وی امکان‌پذیر نیست (شهیدی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۱۴).

ب- قراردادهای مستلزم نظارت مستمر

در برخی قراردادهای تکالیف مستمر و ثابتی بر عهده متعهد گذاشته می‌شود. 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 می‌باشد و این اقدام امکان‌پذیر نیست (شعبانی، ۱۳۸۵، ص ۴۳). به همین دلیل در حقوق انگلیس در دعوی *Tontine association v. rayan mutual* در سال ۱۸۹۳ تقاضای اجرای عین تعهد در قراردادی که حضور یک نفر نهبان از طرف دادگاه جهت نظارت مستمر در یک آپارتمان لازم بوده، توسط دادگاه رد شد (Trietle, 1990, Vol. VII, P. 93).

ج- قراردادهای مقاطعه کاری (ساخت و ساز)

در حقوق انگلیس براساس 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, ۱۹۹۵, Vol. VII, P. ۹۳۲). در حقوق ایران هر گاه متعهد از اجرای تعهد خودداری کند، متعهد له به دستور ماده ۲۳۷ قانون مدنی ابتدا باید متعهد را ملزم به اجرای شرط نماید، در صورتی که متعهد مفاد حکم دادگاه را اجرا نکند، براساس ماده ۲۳۸ قانون مدنی دادگاه به هزینه متعهد موجبات انجام عین تعهد را به وسیله شخص ثالثی فراهم می‌سازد. بنابراین، در فرضی که موضوع تعهد، احداث ساختمان مطابق نقشه معین باشد، دادگاه به وسیله شخص دیگری، عین تعهد را اجرا و هزینه آن را از اموال متعهد وصول خواهد کرد (شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۱۴۷). بنابراین، در این گونه 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.

د- قراردادهای قابل تجزیه

برخی از قراردادها دارای اجزای مختلف و قابل تجزیه هستند و اجرای تعهد هر بخشی می‌تواند به طور مجزا موضوع حکم قرار گیرد و چنانچه بخشی از قرارداد غیرقابل اجرا باشد، دادگاه می‌تواند به جای اجرای عین تعهد، جبران پولی را مورد حکم قرار دهد و در نتیجه بخشی از قرارداد عیناً اجرا می‌شود و بخش دیگری به وسیله مبلغی پول، جبران خواهد شد (Treitel, ۱۹۹۵, Vol. VII, P. ۹۳۲). بنابراین، اگر خواسته خواهان، الزام به اجرای عین تعهد و مطالبه خسارات ناشی از تأخیر در اجرای تعهد باشد، دادگاه خوانده را نسبت به بخشی که قابلیت اجرای اصل تعهد را دارد محکوم می‌نماید و بابت خسارات تأخیر 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.

۲-۱۰- عدم تعادل بین عوضین

در عقود معوض، تعادل نسبی بین عوضین برقرار است. در غیر این صورت مغبون می‌تواند به استناد خیار غبن، معامله را فسخ نماید یا با صرف نظر از اجرای عین تعهد را بخواهد. با وجود این، چنانچه متعهد له از آگاهی و موقعیت برتر، فسخ برخوردار بوده در صورت نقض قرارداد توسط طرف مقابل، نمی‌تواند اجرای عین تعهد را مطالبه کند و دادگاه حکم به اجرای عین تعهد نخواهد داد (Treitel, ۱۹۹۵, Vol. VII, P. ۹۲۵). در حقوق ایران و فقه اسلامی خیار غبن به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای بر هم خوردن تعادل نسبی عوضین پذیرفته شده و مغبون یا معامله را به استناد خیار غبن فسخ می‌کند و یا با همان شرایط و وضعیت می‌پذیرد و در این حالت می‌تواند تقاضای اجرای عین تعهد را از متعهد بخواهد (بحرانی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۴۲).

۲-۱۱- زیان شدید

در مواردی که ایفای عین تعهد منجر به زیان شدید متعهد گردد، دادگاه از صدور حکم به اجرای عین تعهد خودداری می‌نماید. چنانچه دادگاه‌های انگلیس در دعوی *Patel v. Ali* به دلیل اینکه خواننده دعوا مبتلا به بیماری سختی بوده و به ناچار می‌بایست در نزدیک خویشاوندان خود زندگی می‌کرد، تقاضای خواهان مبنی بر تخلیه ساختمان خریداری شده را نپذیرفت و تنها حکم به جبران خسارت داد، زیرا از نظر دادگاه اجرای عین تعهد براساس قواعد انصاف، زیان شدیدی را بر خواننده تحمیل می‌کرد (Treitel, ۱۹۹۵, Vol. VII, P. ۹۲۴). در حقوق ایران براساس ماده ۲۳۷ قانون مدنی، متعهد ملزم به انجام تعهد است و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند 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 تجدیدنظر، 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.

۲-۱۲- 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, ۲۰۰۱, P. ۳۹۴). در حقوق ایران هرگاه موضوع تعهد به دلیل تأمین خواسته متعلق حق شخصی ثالث قرار گیرد، دادگاه نسبت به اجرای اصل تعهد حکم صادر نمی‌نماید. طبق ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی، هرگاه مال موضوع تعهد، در رهن یا وثیقه ثالثی قرار گرفته باشد، وی نسبت به سایر اشخاص حق تقدم دارد و اثر تأمین خواسته ایجاد حق تقدم برای خواهانی است که اموالی موضوع تأمین به نفع او انجام شده است (شمس، ۱۳۸۴، ص ۱۳۷). در نتیجه هرگاه مال یا اموالی مورد 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 امکان‌پذیر نخواهد بود. در ماده ۳۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی و ماده ۲۹-۳ قانون خرید و فروش کالا سال ۱۹۷۹ در انگلیس 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، ص ۳۶).

۲-۱۳- اجرای متقابل

جایی که اجرای عین تعهد مستلزم اجرای تعهد طرف مقابل است، اجرای اصل تعهد با مانع مواجه می‌شود، زیرا اجرای هر کدام از تعهدات منوط به اجرای تعهد دیگر خواهد بود. بنابراین، در این‌گونه موارد دادگاه از صدور حکم به اجرای عین تعهد به تقاضای یکی از طرفین خودداری می‌نماید، مگر اینکه بتواند به درخواست طرف مقابل نیز ترتیب اثر دهد. بر این اساس طرفی که عهده‌دار ارائه خدمات شخصی یا اجرای وظایف مستمری می‌باشد، نمی‌تواند مطالبه اجرای عین تعهد را بخواهد، چرا که چنین اجرایی علیه یکی از طرفین قابل پذیرش نیست. در حقوق ایران، علاوه بر حق حبس که اساساً مبتنی بر اصل همبستگی عوضین بوده و یک نوع ضمانت اجرایی است که طرف مقابل را وادار به اجرای تعهد می‌نماید، در موارد متعددی که اجرای تعهد یکی از طرفین وابسته به اجرای تعهد طرف مقابل است، دادگاه حکم به اجرای اصل تعهد نخواهد داد.

۳- موانع ناشی از شرایط و اوضاع و احوال پدید آمده

در حقوق انگلستان مباحث مختلفی مانند، خاتمه براساس توافق^۱ دو طرف قرارداد به منظور خاتمه دادن به تعهدات می‌توانند با همدیگر توافق نمایند. نظر به اینکه این تعهد باعث منحل شدن قرارداد می‌شود، حالت معوض را دارد و برای تعهدات سابق^۲ عوضین تعهد جدید می‌باشد.

۳-۱- انتفاع هدف قرارداد

انتفاع هدف قرارداد در حقوق انگلیس، شامل عدم امکان اجرای قرارداد نمی‌گردد و به یک معنا شبیه نظریه غیرعملی بودن قراردادهای تجاری در حقوق امریکا است. به عبارت دیگر، این دو نظریه از این جهت با یکدیگر شباهت دارند که هیچ یک از آن‌ها در جایی که اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد، به کار نمی‌روند. هرگاه حادثه غیرمترقبه‌ای اجرای تعهد را آن‌چنان دشوار و سنگین نماید که متعهد، اجرای قرارداد را با آن شرایط جدید تعهد نکرده باشد، نظریه غیرعملی شدن تجاری قرارداد اعمال می‌گردد. در این حالت هیچ‌گاه ادعا نشده است که اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد، بلکه اجرای واقعی قرارداد ممکن است. ولیکن اجرای تعهد آن‌چنان شاق و دشوار می‌شود که جز با هزینه مضاعف و یا دشواری بیش از حد امکان‌پذیر نیست. از این جهت، این نظریه مشابه نظریه «دشواری»^۳ و «عسر و حرج» است. ذکر یکی از دعوی مطروحه در حقوق انگلیس مقصود ما را روشن‌تر خواهد کرد.

۳-۲- غیرممکن شدن اجرای قرارداد

در نظام حقوقی کامن لا غیرممکن شدن اجرای تعهد امپاسیبلیتی^۴ در قراردادهای مختلف و تحت شرایط و اوضاع و احوال واقعی، ممکن است معانی متفاوتی داشته باشد. لذا پیش‌بینی نتیجه دعوی که در آن یکی از طرفین تلاش می‌کند تا با توسل به دفاع غیرممکن شدن اجرای تعهد از تعهدات قراردادی معاف شود، دشوار خواهد بود. غیرممکن شدن در دو حالت تصور شده است؛ غیرممکن شدن مادی و غیرممکن شدن تجاری. در حقوق انگلیس صرفاً غیرممکن شدن مادی به عنوان عذر قراردادی پذیرفته شده است. در مواردی که موضوع قرارداد از بین رفته، راه حل ساده است. همین‌طور در مواردی که تعهد قائم به شخص است و متعهد فوت می‌کند یا به واسطه بیماری یا جنون توان اجرای قرارداد را از دست می‌دهد. اما در برخی موارد گرچه اجرای قرارداد بسیار دشوار می‌گردد، اما این امر منجر به آن نمی‌شود که قرارداد از نظر قانونی غیرقابل اجرا شود. در مواردی که اجرای تعهد بسیار گران‌تر یا کم‌فایده‌تر از مورد انتظار می‌شود، عموماً این امر منجر به غیرقابل اجرا شدن قرارداد نمی‌گردد. با وجود این، در موارد زیادی دادگاه‌ها متعهد را از اجرای تعهد معاف کرده‌اند. در مواردی که یک عامل خطر متعهد را تهدید می‌کند، در بیشتر موارد دادگاه‌ها قرارداد را غیرقابل اجرا دانسته‌اند. بنابراین، یک کارگر می‌تواند در مواردی که مثلاً بیماری یا اهالی محل را تهدید می‌کنند، یا از سوی اعتصاب‌کنندگان به صدمات بدنی تهدید شده، دست از کار بکشد. به علاوه در مواردی که جنگ در شرف وقوع است، لازم نیست کشتی به سفر خود به بندر دشمن احتمالی ادامه دهد و بعد از وقوع جنگ، ملوان کشتی می‌تواند سفر دریایی را که مستلزم عبور از منطقه جنگی است، لغو کند (Anderson, ۱۹۵۳, P.۱۱).

^۱ Agreement for discharge

^۲ Waive

^۳ Hardship

^۴ Impassibility

براساس آنچه گفته شد، نظریه در مواردی قابل اعمال است که به دلیل تغییر اوضاع و احوال و یا کشف اوضاع و احوالی که از قبل وجود داشته است، اجرای قرارداد، واقعاً غیرممکن گردد. برای استناد به این دفاع نباید واقعاً هیچ راهی برای اجرای قرارداد وجود داشته باشد. بنابراین، باید توجه داشت، حوادثی که اجرای تعهد را سخت و گران می‌کنند، موجب پایان بخشیدن به آن نمی‌شوند، زیرا کسی که اقدام به بستن قراردادی می‌کند، معمولاً می‌داند که باید خطر این‌گونه سختی‌ها و گرانی‌ها را تحمل کند، مگر اینکه آشکارا برخلاف آن توافق شده باشد (Corbin, ۱۹۸۸, Vol. ۵, P. ۱۱۱۰). و یا اینکه اجرای تعهد به نحو غیرممکنی برای متعهد، مشکل یا پرهزینه شده باشد و این شرایط در زمان انعقاد قرارداد از سوی طرفین قابل پیش‌بینی نباشد که در این صورت براساس نظریه امپراکتسابیلیتی^۱ متعهد از اجرای تعهد معاف خواهد شد. با اجرای تعهدات، قراردادها به پایان می‌رسند. اجرای کامل و بدون عیب و نقص ملاک است. برخی از تعهدات قابلیت تجزیه دارند، یعنی به طور مستقل از اجرای طرف دیگر اجرا می‌شوند. در اجرای عمده شخص می‌تواند از طرف مقابل انجام تعهداتش را مطالبه نماید و در مورد اجرای ناقص شخص مقابل می‌تواند آن را بپذیرد و اجراکننده مطالبه اجرت‌المثل می‌نماید. در موردی که طرف مقابل از اجرای تعهدات ممانعت می‌نماید، می‌شود مطالبه اجرت‌المثل و یا خسارت نماید و در حالتی که باید همکاری شخص مقابل نیز در تعهد باشد و بدون آن امکان اجرای تعهد نباشد و طرف مقابل آن را رد نماید، شخص پیشنهادکننده جهت همکاری، از مسئولیت بری می‌گردد.

در موردی که در تعهد زمانی برای آن تعیین نمی‌گردد، باید در مدت متعارفی انجام گردد. در موردی که تاریخی در تعهد تعیین شده باشد، این یک شرط اساسی نیست، مگر در تعهد صراحتاً بیان گردد که زمان شرط اساسی می‌باشد و یا اخطار به طرف مقابل در مورد انجام در مدت متعارف گردد یا شرایط و اوضاع و احوال بیانگر این باشد که زمان یک شرط اساسی می‌باشد. در صورتی که زمان شرط اساسی نباشد، تصور در مدت مشخص شده، طرف متضرر را مستحق دریافت خسارات می‌نماید. در انگلیس طرف متضرر از نقض تعهد سه نوع منفعت را می‌تواند تحصیل نماید، منفعتی که از اعاده هزینه‌های تحمیل شده به متضرر به او می‌رسد، منفعتی که با تکیه متضرر بر تعهد از دست رفته است و منفعتی که در صورت جبران ضرر ناشی از توقع متضرر، از تعهد به او می‌رسد و متضرر در حالتی قرار می‌گیرد که اگر تعهد اجرا می‌شد، در همان حالت قرار داشت. در مورد تعهداتی که قابلیت اجرا دارند، باید متضرر بتواند از روش‌هایی که قوانین و رویه در مورد جبران خسارات در نظر گرفته‌اند، منتفع گردد. قابل پیش‌بینی بودن ضرر، از شرایط مسئولیت می‌باشد و فقط نوع آن کافی است و میزان آن لازم نیست قابل پیش‌بینی باشد (Treitel, ۱۹۹۹, P. ۹۰۵-۹۰۶). در UCC آنچه به عنوان خسارت قابلیت مطالبه دارد خساراتی است که از جانب طرفی که نقض نموده، قابل پیش‌بینی بوده باشد (Honnold, ۱۹۹۱, P. ۵۰۶). در UCC حق فروش مجدد کالا برای بایع و گرفتن خسارات از مشتری به رسمیت شناخته شده است و همچنین حق خرید مجدد از بازار و مطالبه قیمت پرداختی از بایع، در مقررات UCC وجود دارد. در انگلیس در قانون بیع کالای این کشور نصی در این خصوص وجود ندارد (Ibid, P. ۵۰).

^۱ Impracticability

۴- نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران، اولین شیوه مقابله با نقض قرارداد، الزام متعهد به اجرای عین تعهد قراردادی می‌باشد و توسل به شیوه أخذ خسارت تنها در فرض تعذر اجبار یا اجرای جایگزینی امکان‌پذیر است. در حقوق کامن‌لا، جز در موارد استثنایی، زیان ناشی از نقض عهد، با پرداخت خسارت نقدی جبران می‌شود. در واقع در این نظام حقوقی، عدم ایفای عین تعهد از احترام و قداست قرارداد نمی‌کاهد و این احترام با الزام متعهد متخلف به جبران زیان‌های ناشی از عمل خود حفظ می‌گردد. واقعیت این است که اجرای عین تعهد، در تمام موارد، مفید نیست و گاهی اوقات توسل به شیوه‌های دیگر که منافع طرفین قرارداد را به نحو مطلوب‌تری تأمین نماید، مناسب‌تر است. آنچه برای طرفین قرارداد در درجه نخست اهمیت قرار دارد، سود حاصل از اجرای آن است، نه اجبار متعهد به انجام عین تعهد. پس از گذشت مدت طولانی از سوی دیگر، بی‌اعتنایی فوق‌العاده به اجرای عین تعهد و ترجیح دادن افراطی سایر شیوه‌های جبران خسارت بر این شیوه از جبران خسارت نیز توجیه مقبولی نداشته و توجه لازم را به اهداف مشترک قراردادی نمی‌نماید. با توجه به جهات موصوف، به نظر می‌رسد که انحصاری و مطلق تلقی ساختن شیوه‌ی اولیه‌ی مقابله با نقض قرارداد از طریق مکانیسم الزام به اجرای عین تعهد قراردادی تا حد امکان، با توجه به تغییر شرایط اقتصادی و اجتماعی، پاسخگوی ضرورت‌ها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه نیست. در حالی که روشن‌بینی در آن است که اقتضای زمانه درک شود و مصالح و مفاسد نیز در وضع و تفسیر و اجرای قواعد حقوق نقش مهمی داشته باشد؟ چرا که حقوق، مجموع قواعد زندگی در اجتماع است و نمی‌تواند بر همین اساس از نیازها و ضرورت‌های این زندگی دور بماند. به نظر می‌رسد که نظام حقوقی ما در زمینه‌ی ضمانت اجراهای مقابله‌ی با نقض قرارداد، باید در جهت هم‌سوئی و هماهنگی با اسناد بین‌المللی و نظام‌های پیشرفته‌ی حقوقی جهان معاصر گام بردارد و هم عرض بودن مکانیسم‌های مقابله‌ی با نقض قرارداد را بپذیرد. روش دستیابی به این مهم در نظام حقوقی ما، اختیاری کردن «اصل اجرای عین تعهد قراردادی»، از ناحیه‌ی متعهد له است. بدین ترتیب که متعهد له در انتخاب شیوه‌ی مناسب برای مقابله با نقض قرارداد آزاد باشد تا بتواند با در نظر گرفتن مصلحت خویش، روشی را که مقرون به صرفه‌تر و مطمئن‌تر و در عین حال منافع وی را بهتر تأمین می‌سازد، انتخاب کند. همان‌گونه که در حقوق کشورهای دیگر، با وصف تعدد مبانی نظری، در عمل به راه‌حل‌های کارآمد توجه کرده‌اند، در حقوق ایران نیز شایسته است که با استمداد از قواعد حاکم در کنوانسیون‌های بین‌المللی که حاصل جمع افکار و عقاید حقوق‌دانان برجسته دنیا بوده و شرایط جدید در آن ملاحظه شده است، می‌تواند بستر مناسبی برای بازبینی قواعد مربوط به اجرای عین تعهد باشد. از طرفی همان‌گونه که مباحثی را در بخش موانع اجرای تعهد در فقه مطرح کردیم، قواعد فقهی نظیر قاعده لا ضرر، قاعده غبن حادث و عسر و حرج و نظایر آن و نیز مبانی فقهی موجود به ویژه استدلال‌های طرح شده از سوی برخی فقهای اقلیت می‌تواند مبانی مناسبی برای طرح موازین و بازنگری مقررات قرار گرفته و ضمانت اجراهای دوگانه (اجرای اجباری، فسخ و پرداخت خسارت به طور توأم مورد پذیرش قرار گیرد. لیکن به منظور پرهیز از قرار گرفتن متعهد در وضع نامناسب، متعهد له نیز ملزم شود تا در صورت انتخاب اجرای اجباری، مراتب را در فرصت معقولی به اطلاع متعهد برساند، والا فقط حق فسخ و مطالبه خسارت داشته باشد.

در نهایت باید گفت که هر دو نظریه و رویکرد مورد بحث از جهتی قابل ایراد و اشکال است: الزام به اجرای عین تعهد اگرچه با هدف اصلی و نهایی طرفین و جوهره قرارداد و اصل لزوم پایبندی به مفاد قرارداد منطبق است، ولیکن در صورت عدم ایفای تعهد به وسیله متعهد، الزام قانونی متعهد له بر پیمودن راه اجبار و منع از توسل به دیگر روش‌های جبران خسارت در بسیاری از موارد باعث اتلاف وقت، صرف هزینه سنگین و عدم جبران مناسب خسارت ناشی از نقض قرارداد به دلیل طولانی شدن روند دادرسی و از دست رفتن مطلوبیت قرارداد می‌گردد که مورد خواست مشترک و انتظار اولیه دو طرف نبوده و برخلاف اصل حسن نیت بوده و لزوم پایبندی به قرارداد تا جایی است که از هدف اصلی اولیه خارج نشود. از سویی اصالت بخشیدن به دیگر روش‌های مقابله با نقض قرارداد و جبران خسارت و عدم 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 متعهد له را به هدف ثانویه خود یعنی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌رساند، ولیکن با روح قرارداد و هدف اولیه که اجرای عین تعهد است، مغایرت دارد و در مواردی انجام عین تعهد بهترین و مناسب‌ترین روش تأمین منافع قراردادی متعهد له است. بر این اساس جمع دو نظریه به این است که در صورت تخلف و نقض قرارداد به جای الزام قانونی متعهد له به برگزیدن راه اجبار متعهد به اجرای عین تعهد و یا سد نمودن این راه و بسنده کردن به مطالبه خسارت یا دیگر روش‌های جبران، متعهد له از حق انتخاب اجرای عین تعهد یا مطالبه جبران خسارت به یکی از روش‌های 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 به دلیل 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 کند.

۱. انصاری، مرتضی (۱۳۷۵). مکاسب. به قلم طاهر خوشنویس. تبریز: اطلاعات، چاپ دوم.
۲. بحرانی، یوسف (۱۴۰۹). الحدائق الناضره. بیروت: دارالاضواء، ج ۱۹.
۳. شعبانی، قاسم (۱۳۸۵). تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات اطلاعات.
۴. شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی. تهران: انتشارات دراگ، ج ۱، چاپ دوم.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد، ج ۲، چاپ سوم.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). حقوق مدنی، شروط ضمن عقد. تهران: انتشارات مجد، ج ۴.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. تهران: انتشارات به نشر، ج ۲.
۸. نورانی مقدم، یونس (۱۳۷۴). مطالعه تطبیقی تخلف وصف در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد. تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
۹. Anderson, A. (۱۹۵۳). **Frustration of Contract, A Rejected Doctrine.** ۳ DE PAUL L. REV. ۱ (۱۹۵۳); Note, ۶ DE PAUL L. REV. ۲۸۹ (۱۹۵۷). ۱۶۷.
۱۰. Corbin, A. (۱۹۸۸). **Corbin on Contracts.** U.S.A: West Publishing co, Vol. ۵.
۱۱. Guest, A.G. (۱۹۷۷). **Chitty on Contracts: General Principles.** London: Maxwell, Vol. ۱.
۱۲. Honnold, J. (۱۹۹۱). **Law for International Sale under The ; ۱۹۸۰.** Boston: United Nations Convention, ۳rd ed.
۱۳. Lando, O. (۲۰۰۱). **Salient Features of The Principles of European Contract Law.** Boston: United Nations Convention, ۳rd ed.
۱۴. Treitel, G.H. (۱۹۹۵). **Remedies, International Encyclopedia of Comparative Law.** Anson: Law of Contract, ۲۴th ed, Vol. VII.
۱۵. Treitel, G.H. (۱۹۹۹). **The law of Contract.** London: Maxwell, ۱۰th ed.