

An Analysis of Civil Sanctions of Personal Obligations in the Iranian Law, Fiqh and Principles of International Commercial Contracts

Received: 04/05/2021; Accepted: 12/05/2022

Alireza Fasihizadeh¹

Ahad Taheri²

Abstract:

Obligations are of two types: personal and non-personal. Generally, obligations are not bound to the obligator's character, and in effect, the he will be obliged to fulfill the specific performance should he refuse the performance of non-monetary obligations. In Article 2-2-7 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC), the rule of specific performance the same non-monetary obligation is acknowledged; however, in *Clause D* of the Article, as acknowledged in the regulations of many countries, performance of an exclusively personal obligations is excluded. Art. 239 of the Iranian Civil Code maintains "if the obligator cannot be convinced to perform the subject of the contract and it might not be performed by a third party either, the other party will hold the right to terminate the contract. Art. 729 of the Code of Civil Procedure of 1939 considered the performance of an exclusively personal obligation mandatory- which was repealed in 2000. Yet, drawing on the same Art., Art. 47 of the Law on Execution of Civil Judgments of 1978 considers the performance of an exclusively personal obligation mandatory. Recruiting a descriptive-analytical design, the current study investigates the sanctions for the performance of personal obligations in the international trade documents as they arranged in line with the domestic laws of the countries party to the agreements. Findings suggest that the elimination of sanctions in the implementation of Art. 47 of the Law on Execution of Civil Judgments, the impossibility of specific performance and execution of the judgement in such obligations, and considering the right of termination for the party in loss are consistent with the new legal and Fiqhi standards on this type of obligation.

Key words: Obligation, Performance of an Exclusively Personal Obligation, Specific Performance, Principles of International Commercial Contracts (UPICC).



¹ Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, (corresponding author) Email: fasihihizadeh@ase.ui.ac.ir
² PhD Graduate in Private Law, University of Isfahan.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

تحلیل ضمانت اجرای تعهدات قائم به شخص در حقوق ایران، فقه و اصول قراردادهای تجاری بین المللی

علیرضا فصیحی زاده^۱

احمد طاهری^۲ تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۲/۱۴ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۱/۰۲/۲۲

چکیده

تعهدات بر دو گونه اند: قائم به شخص و غیرقائم به شخص. به طور عام، تعهدات با شخصیت متعهد پیوند ندارد و قاعداً متعهد در صورت امتناع از تعهدات غیرپولی، به اجرای عین تعهد ملزم می‌گردد. در بند (۲-۲-۷) اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی با آن‌که قاعده الزام متعهد به اجرای عین تعهد غیرپولی پذیرفته شده، در بند دال، هماهنگ با مقررات بسیاری از کشورها، تعهدات قائم به شخص از این امر مستثنی گردیده است. در حقوق ایران حسب ماده (۲۳۹) قانون مدنی، هرگاه اجبار متعهد برای اجرای فعل موضوع تعهد ممکن نباشد، و فعل مزبور هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب متعهد واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت. با وجود این، ماده (۷۲۹) قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ در مورد تعهدات قائم به شخص، اجرای عین تعهد قراردادی را لازم می‌داند که این قانون در سال ۱۳۷۹ نسخ گردید. با این حال، تبصره‌ی ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶ با ارجاع به ماده (۷۲۹) قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، اجرای عین تعهد را در تعهدات قائم به شخص لازم شمرده است. در این پژوهش، با مطالعه تطبیقی با اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به عنوان عصاره حقوق داخلی بسیاری از کشورها، و با روش توصیفی-تحلیلی به ضمانت اجرای تعهدات قائم به شخص پرداخته شده است. نتیجه آن است که حذف ضمانت اجرای تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی و عدم امکان الزام به اجرای عین تعهد و اجرای حکم در این‌گونه تعهدات، و در نظر گرفتن حق فسخ برای متعهدله و محکوم‌له، با گرایش‌های جدید حقوقی و موازین فقهی و غرض عرفی از ایفای این نوع تعهدات همخوانی دارد.

واژگان کلیدی: تعهد، تعهدات قائم به شخص، اجرای عین تعهد قراردادی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی.

۱ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)، پست الکترونیکی:

fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

۲ دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان





مقدمه

هدف از «تعهد» اجرای آن است و مقصود اولیه متعهدله اجرای موضوع تعهد است. به طور معمول وقتی متعهد از اجرای آن خودداری می کند، متعهدله از طریق دادگاه الزام وی را به اجرای عین آن تعهد درخواست می کند. البته در مورد تعهدات پولی، پرداخت وجه به هر طریقی موجب سقوط تعهد است و اجبار متعهد به اجرای عین تعهد معنا ندارد. با محکومیت متعهد به اجرای عین تعهد، اگر متعهد هم از اجرای آن خودداری نمود؛ این کار در اجرای احکام با هزینه او صورت می گیرد. با این حال، برخی از تعهدات به لحاظ خصوصیت فردی متعهد و با توجه به شخصیت او ایجاد شده و به صورت منحصر و فردی و یکتا بوده یا در تشکیل تعهد، مباشرت متعهد به ایفاء آن قید شده است. در این گونه تعهدات به لحاظ وحدت قید و مقید و عدم امکان انفکاک قید مباشرت از تعهد در عالم خارج، ایفاء تعهد به وسیله فردی غیر از متعهد، مصداق اجرای تعهد محسوب نمی گردد و موضوع تحقق یافته در عالم خارج به لحاظ انتفای قید «مباشرت»، مصداقی از کلی تعهد نمی باشد؛ چرا که مقید با انتفای قید آن منتفی می گردد. به همین جهت این گونه تعهدات قائم به شخص، از قاعده امکان اجبار متعهد به اجرای عین تعهد در مقررات داخلی کشورها مستثنی گردیده است. اصول قراردادهای تجاری بین المللی که به نحوی متأثر از مقررات داخلی بسیاری از کشورها اعم از اروپایی و غیر آن است، به این امر توجه نموده و با آن که اجبار به اجرای عین تعهد به صورت قاعده در بند (۲-۲-۷) آن آمده است؛ تعهدات قائم به شخص در بند دال آن از این قاعده مستثنی گردیده است.

در ایران، از طرفی وفق ماده (۲۳۹) قانون مدنی، در مورد تعهدات قائم به شخص هر چند ناشی از شرط ضمن عقد، اجبار به اجرای عین تعهد پذیرفته نشده است و بدون لزوم اجبار، حق فسخ برای متعهدله در نظر گرفته شده است؛ از سوی دیگر، وفق تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی، با ارجاع به ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، اجرای حکم محکومیت در تعهدات قائم به شخص پذیرفته شده است که به طور ضمنی به





سینمایی خاصی هنرنمایی کند و هنرپیشه از ابتدا یا در اثنای کار، بازیگری را رها کند یا در ضمن توافق، بر نقاش معروفی شرط شود که پرده‌ی نقاشی از روی پرده‌ی کمال المک بکشد و یا بر نویسنده‌ی مشهوری شرط شود که راجع به موضوع معینی کتابی بنویسد و هر یک از نقاش و نویسنده از انجام شرط خودداری بنماید و اجبار آنها هم مقدور نباشد.

۱-۲. فایده تمایز تعهدات قائم به شخص از دیگر تعهدات

در حقوق ایران چنانچه مورد تعهد فعلی باشد، که در انجام آن مباشرت شخص ضروری نیست، محکوم‌له در صورت استتکاف محکوم‌علیه می‌تواند تحت نظر مأمور اجرا، آن عمل را به وسیله دیگری انجام داده و هزینه‌ی آن را مطالبه کند و یا اینکه خود آن عمل را به جا آورده و هزینه‌اش را دریافت کند (ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی) و به دستور ماده (۲۳۷) قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ مشروط‌له نمی‌تواند به صورت ابتدایی معامله را فسخ نماید بلکه ابتدا باید مشروط‌علیه را ملزم به اجرای شرط نماید.

ولی حسب ماده (۲۳۹) قانون مدنی در صورت خودداری مشروط‌علیه از اجرای تعهد قائم به شخص، طرف مقابل حق دارد معامله را فسخ معامله کند. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». بنابراین با توجه به صراحت ماده، مشروط‌له قادر به فسخ ابتدائی می‌باشد. در عین حال در تبصره‌ی ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی شده که اگر ممکن نباشد که شخص دیگری موضوع تعهد را انجام دهد یا به دیگر سخن، مباشرت متعهد، «قید» تعهد باشد، مطابق ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ عمل خواهد شد که در این موارد مقرر می‌دارد؛ که دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله در حکم راجع به اصل دعوی یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم‌علیه، مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم‌له بپردازد.

بنابراین برای تمایز تعهدات قائم به شخص از دیگر تعهدات، باید این مشخصه را در نظر گرفت؛ شخصی که تعهدی را بر عهده گرفته است در صورتی که از انجام آن سرباز



زند، آیا قابل اجبار توسط قاضی و هم چنین قابل اجرا توسط شخص دیگری می‌باشد یا خیر؟ آیا اجرای عین تعهد قراردادی در تعهدات قائم به شخص نیز جاری است یا به محض تخلف مشروطاً علیه از ایفای شرط، مشروطاً می‌تواند عقد را فسخ و خسارت عدم اجرای تعهد مطالبه کند؟

۱-۳. اجرای عین تعهد در تعهدات قائم به شخص در اصول قراردادهای تجاری بین المللی

ماده (۲-۲-۷) اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۱ مقرر می‌دارد: «در صورتی که طرف متعهد به تعهدی غیر از پرداخت پول، در اجرای تعهدش کوتاهی کند، طرف دیگر می‌تواند اجرای تعهد را مطالبه کند؛ مگر اینکه:....(د) اجرای تعهد از مشخصه‌ای منحصرأ شخصی برخوردار باشد» یا به عبارت دیگر قائم به شخص باشد.

هنگامی که اجرای تعهد خصلتی منحصرأ شخصی دارد، الزام به اجرای تعهد به معنی مداخله در آزادی شخصی متعهد خواهد بود. علاوه بر این الزام به اجرای تعهد، اغلب به کیفیت آن صدمه می‌زند. نظارت بر اجرای خیلی شخصی تعهد ممکن است به بروز مشکلات عملی غیرقابل حلی منجر شود؛ هم چنان که تجربه‌ی اجرای عین تعهد قراردادی در تعهدات قائم به شخص در کشورهایی که چنین مسئولیت‌هایی را به دادگاه‌هایشان محول کرده‌اند، به خوبی روشنگر این معنا است. با توجه به همه‌ی این دلایل، بند (د) الزام به اجرای تعهدی را منع می‌کند که خصلتی منحصرأ شخصی دارد. محدوده‌ی دقیق چنین استثنایی، به طور اساسی به مفهوم عبارت «خصلتی منحصرأ شخصی» بستگی دارد. گرایش جدید این است که مفهوم فوق به اجرای تعهداتی محدود شود که خصلتی یکتا و بی‌همتا دارند. این استثناء در مورد تعهداتی که یک شرکت بر عهده می‌گیرد اعمال نمی‌شود. فعالیت‌های عادی یک حقوقدان، یک جراح یا یک مهندس نیز مشمول این عبارت نمی‌شود؛ چرا که همان فعالیت‌ها را اشخاص دیگری با آموزش و تجربه مشابه هم می‌توانند انجام دهند. اجرای تعهد، خصلتی منحصرأ شخصی دارد که قابل واگذاری نیابتی نباشد و به





مهارت‌های فردی دارای ماهیت هنری یا علمی نیاز داشته باشد یا اینکه دربرگیرنده‌ی ارتباط‌های محرمانه و شخصی باشد.

تعهد یک شرکت مهندسان معمار برای طراحی یک ردیف از ده خانه‌ی مشخص را می‌توان به طور مشخص الزام کرد؛ چرا که شرکت می‌تواند کار مزبور را به یکی از شرکایش واگذار کند یا یک مهندس معمار از بیرون شرکت را برای اجرای آن تعهد استخدام کند. بر عکس، تعهد یک مهندس معمار دارای شهرت جهانی برای تهیه‌ی یک ساختمان جدید برای شهرداری که تجسم ایده‌ی یک شهر قرن بیست و یکم باشد، قابل الزام نیست، چرا که این تعهد فوق‌العاده تک و بی‌همتا و نیازمند اعمال مهارت‌هایی بسیار خاص است البته اجرای تعهد به خودداری از انجام کار مشمول بند (د) نمی‌شود (unidroit, 2010: 239 / اخلاقی و امامی، ۱۳۷۹: ۲۴۵)

حتّی در سایر تعهداتی که قائم به شخص نیز نباشند مواردی وجود دارد که در صورت پیش آمدن این موارد اجرای عین تعهد قراردادی یا الزام به اجرای عین تعهد متنفی خواهد شد. این شرایط عبارتند از:

۱. در صورتی که الزام به اجرای عین تعهد با دشواری و سختی قابل توجهی روبرو شود.
۲. الزام به اجرای عین تعهد قراردادی نامتعارف باشد.
۳. شاکی دنبال استفاده نامشروع از الزام به اجرای قرارداد باشد.
۴. اجرای عین تعهد قراردادی یا الزام به اجرای قرارداد از نظر حقوق یا عملی غیرممکن باشد.
۵. قرارداد مشمول بر خدمات شخصی باشد.
۶. قرارداد بیش از حد مبهم باشد
۷. قرارداد جایز بوده یا قابل فسخ باشد به این معنی که هر یک از طرفین در هر زمان بدون اطلاع طرف دیگر می‌توانند قرارداد را فسخ کنند.
۸. قرارداد به نظارت مستمر نیاز داشته باشد.
۹. قرارداد فاقد توافقات اولیه باشد.





۱۰. قرارداد بدون سنجش مورد توافق قرار گرفته باشد.

۱۱. طرف مستحق اجرای تعهد بتواند به طور متعارف، اجرای تعهد را از منشاء دیگری تحصیل کند؛

۱۲. طرف مستحق اجرای تعهد، در مدت زمانی متعارف پس از اینکه از عدم اجرا آگاه شده، یا باید از آن آگاه می شده است، اجرای تعهد را مطالبه نکرده باشد.

۲. ضمانت اجرای تخلف از تعهدات قائم به شخص

عده‌ای معتقدند چنانچه فعل مشروط از جمله کارهایی باشد که دیگری به جای مشروط‌علیه نمی تواند انجام دهد مانند نوشتن کتاب، کشیدن تابلوی نقاشی، ساختن آهنگ و دیگر کارهای علمی و هنری، در این صورت تنها راه برای مشروط‌له فسخ معامله به استناد ماده (۲۳۹) قانون مدنی است. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۱۰) عده‌ای نیز معتقدند حتی اگر فعل مشروط از جمله فعل‌های قائم به شخص هم باشد، محکوم‌له می تواند، الزام محکوم‌علیه به اجرای تعهد را بخواهد. این اختلاف نظرها به این دلیل است که از یک سو برخی معتقدند که چون ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی سابق نسخ گردیده و در قانون جدید نیز برای آن جانشینی پیش بینی نگردیده است، لذا اجرای این تبصره موضوعاً منتفی است و محکوم‌له به علت عدم امکان اجرای حکم و اجبار محکوم‌علیه، فقط می تواند مطالبه خسارت کند. برخی دیگر گفته‌اند که با ارجاع تبصره‌ی ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی به ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی سابق، در واقع ماده اخیر جزء قانون اجرای احکام مدنی می باشد؛ چرا که مقنن به علت اختصار در قانون نویسی از قید نمودن آن در قانون اجرای احکام مدنی خودداری کرده است و بنابراین مقرر مزبور به قوت خود باقی است.

اکنون نوبت به طرح این پرسش مبنایی است که آیا ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی سابق که در تبصره‌ی ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی به عنوان ضمانت اجرای این دسته از تعهدات بیان شده است؛ با وصف نسخ قانون آیین دادرسی سابق، آیا تبصره ماده





(۴۷) قانون اجرای احکام مدنی قابلیت اجرا دارد یا خیر؟ در ذیل نظرات مذکور را به نحو تفصیلی تری بیان می‌نماییم.

۲-۱. نظریه عدم فسخ ابتدائی و اجرای عین تعهد قراردادی

ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی ابتدائاً در مورد تعهدات غیرشخصی مقرر کرده: «هرگاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم له می‌تواند تحت نظر دادورز (مامور اجرا) آن عمل را به وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه لازم را به وسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید»

ولی تبصره ماده فوق الذکر در مورد انجام تعهدات قائم به شخص به ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده است و ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی سابق نیز الزام در تعهدات قائم به شخص را جایز شمرده و مقرر می‌داشت: «در موردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز به وسیله 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 محکوم له بپردازد» پس از اینکه ماده (۷۲۹) توسط قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی نسخ شد، این سؤال پیش آمد که آیا با وجود نسخ ماده (۷۲۹)، از طریق تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی می‌توان الزام در تعهدات قائم به شخص را مقرر کرد یا خیر؟ در بدو امر، شاید به نظر رسد که الزام متعهد (محکوم علیه) به انجام تعهد، در مواردی که تعهد قائم به شخص اوست، امکان پذیر نبوده و حکم قطعی صادره غیرقابل اجرا و در نتیجه اقامه دعوا، رسیدگی دادگاه و صرف وقت و هزینه بی حاصل بوده است. اما با توجه به اینکه از یک سو، حکم مقرر در ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی سابق در تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی، از طریق ارجاع به آن منصوص گردیده و نتیجتاً حکم مزبور از مقررات اجرای احکام شمرده می‌شود که تاکنون نسخ نگردیده است و از سوی دیگر، ناتوان ساختن مراجع قضائیتی در الزام متعهد به انجام تعهد و بی‌اثر کردن قانون در اجبار محکوم علیه به اجرای حکم، در



مواردی که قادر به اجرای آن باشد، با اصول و قواعد فقهی و حقوقی مبیانت بین دارد، بنابراین باید قایل به اعتبار تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی، و ترتیب مرجوع الیه بود. (شمس، ۱۳۸۷: ۳۹۳)

هم چنین عده‌ای نیز معتقدند الزام محکوم علیه به اجرای تعهد، هم از جهت حقوقی و هم از جهت منطقی و عقلی موجه‌تر به نظر می‌رسد. چرا که در اینجا نتیجه یک دادرسی طولانی نمی‌تواند، مقدمه‌ای برای دادرسی دیگر باشد و اگر بنا باشد استدلال عدم الزام پذیرفته شود، محکوم له دچار عسرت و مشقت خواهد شد. (مهاجری، ۱۳۸۶: ۱۸۶)

در نظرات دیگری نیز بیان شده است؛ با توجه به اینکه از یک سو حکم مقرر در ماده (۷۲۹) سابق در تبصره ماده ی (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی، از طریق ارجاع به آن منصوص گردیده، نتیجتاً حکم مزبور از مقررات اجرای احکام مدنی شمرده می‌شود که تاکنون نسخ نگردیده است. به عبارت دیگر محل تجویز اجرای احکام و تضمین اجرای آنها، قانون اجرای احکام است نه قانون آیین دادرسی مدنی؛ و چون در مقرره مزبور اشاره به شماره ماده شده نه مفاد آن، بنابراین نمی‌توان با نسخ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، قائل به نسخ ماده مزبور، گردید. از سوی دیگر قائل شدن به فقدان ضمانت اجرا برای قانون و بی‌اثر کردن آن و ناتوان ساختن مراجع قضایی در الزام متعهد به انجام تعهد، با روح حاکم بر قوانین مبیانت دارد و بنابراین به لحاظ عمل به اصل و تردید در نسخ قانون، باید قایل به اعتبار تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی و ترتیب مرجوع الیه بود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۴: ۲۱۶)

عده‌ای دیگری الزام به تعهدات قائم به شخص را به این دلیل لازم می‌دانند که در هر صورت تنها راه عادلانه و منصفانه برای جبران خسارت، اجرای عین تعهد قراردادی می‌باشد. (Heidemann, 2007: 87) در هر صورت زمانی که شخصی به تعهد خود عمل نمی‌نماید باعث می‌شود که متعهدله یا مشروط‌له خساراتی را متحمل شود در این صورت اگر دادگاه به جای اینکه متعهد یا مشروط‌علیه را ملزم کند که عین تعهد را به جا بیاورد به تعیین میزان خسارت بسنده نموده و متعهد را صرفاً محکوم به پرداخت خسارت نماید عدالت اجرا نشده و شخص متعهدله متضرر می‌شود چون هیچ وقت خسارت نمی‌تواند





جایگزین اجرای عین تعهد بشود ولی از آنجایی الزام متعهد در تعهدات قائم به شخص باعث می شود که تعهد به شیوه ی مطلوبی انجام نشود و یا اینکه در بعضی مواقع غیر ممکن گردد تعیین خسارت تنها راه چاره است؛ به عنوان مثال چگونه می توان نقاش معروفی را به کشیدن تابلویی مجبور یا خواننده ای را به خواندن آهنگ ملزم نمود و اگر هم این امر ممکن باشد؛ به دلیل اثرات سوء روانی، به اجرای مطلوب آن منجر نخواهد شد.

در اینکه قبل از تحولات سال ۱۳۷۹ قانون آیین دادرسی، مقرر مزبور به قوت خود باقی بوده و مورد عمل مراجع قضایی بوده است تردیدی نیست و بنابراین آرای که در زمان حکومت قانون مزبور صادر گردیده اگرچه می تواند به نوبه ی خود بیانگر بخشی از تاریخ رویه قضایی ایران و ضرورت های وجود چنین مقرره ای و همچنین راهکارهای عملی آن باشد، اما عملاً نمی تواند در پاسخ به پرسش بنیادین مطرح در ابتدای این تحقیق، دایر بر نسخ یا عدم نسخ این مقرر در آخرین تحولات رویه قضایی رهگشا باشد (قربانی، ۱۳۸۲: ۲۰، حسینی، ۱۳۸۷: ۲۳) در هر حال نگارنده با رجوع به مجموع رفتار محاکم اعم از آرای وحدت رویه، اصراری و سایر آراء بعد از تصویب قانون ۱۳۷۹ نتوانست به رایی در این باب دست یابد که موید اتخاذ یکی از نظریات مزبور توسط مراجع قضایی باشد و صرفاً به نظریه مشورتی از اداره حقوقی وزارت دادگستری به انضمام نظریات قضات در نشست های قضایی قوه قضائیه در باب قانون اجرای احکام مدنی دست یافت که ذیلاً نقل می گردد.

عطف به استعلام شماره ۸۴/۱۶۰۶ اندیکاتور مورخ ۸۴/۱۰/۲۴ نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی و اسناد قوه قضائیه به شرح زیر اعلام می گردد: «اطلاق ماده (۲) از قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۷۷/۰۸/۱۰ شامل هر نوع محکوم به مالی است، اعم از اینکه محکومیت به پرداخت مال ضمن محکومیت کیفری یا علاوه بر آن و یا فقط از طریق محکومیت حقوقی (مدنی) مورد حکم قرار گرفته باشد. پس هر گونه محکوم به غیر مالی از شمول آن خارج است و در صورت امتناع محکوم علیه از اجرای محکوم به، مورد مشمول تبصره ماده (۴۷) از قانون اجرای احکام مدنی است که به ماده (۷۲۹) آیین دادرسی مدنی ارجاع داده است و لیکن این ماده حسب قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب



در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ منسوخ شده است و اکنون بایستی حسب ماده (۵۱۵) قانون اخیرالتصویب، محکوم‌له حسب دادخواستی، جبران خسارات ناشی از عدم اجرای حکم را از محکوم‌علیه بخواهد و در صورت صدور حکم به جبران خسارت، مورد مشمول ماده (۲) از قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی خواهد بود، با توضیح این مطلب که پاسخ سوال مذکور در مورد ماده (۴۶) از قانون اجرای احکام مدنی نیز قابل اعمال است».

طرح بحث در نشست قضایی مورخ ۱۳۸۱/۰۷/۰۴؛ سوال: با توجه به نسخ ماده (۷۲۹) آیین دادرسی مدنی سابق چنانچه محکوم علیه نسبت به اجرای حکم امتناع نماید و موضوع مشمول تبصره ذیل ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی شود، الزام محکوم علیه نسبت به اجرای احکام به چه نحو خواهد بود؟ نظر اکثریت چنین هست که با توجه به نسخ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و الحاقات و اصلاحات بعدی آن دیگر نمی‌توان از طریق ماده (۷۲۹) یا وحدت ملاک آن، جهت الزام محکوم علیه استفاده نمود؛ چون در قانون آیین دادرسی مدنی جدید هم جایگزین و جانشینی معادل ماده مذکور وجود ندارد و در نتیجه قانون جدید که اخیرالتصویب است، ساکت بوده و به نظر می‌رسد تنها راه الزام تمسک به ماده (۵۱۵) قانون آیین دادرسی مدنی جدید است که مطابق آن و اجراء قاعده فقهی تسبیب پس از اثبات در محکمه، خسارت ناشی از تاخیر انجام تعهد قابل مطالبه باشد.

ولی حسب نظر اقلیت؛ با عنایت به اینکه ماده (۵۱۹) قانون جدید عنوان گردیده قوانین و مقررات در موارد مغایر ملغی می‌گردد، در حالی که ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی سابق هیچ گونه منافاتی با قانون جدید ندارد؛ لذا با توجه به حکم مندرج در تبصره ذیل ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی در فرض سوال می‌توان کماکان به ماده مذکور استناد نمود. (مهاجری، ۱۳۸۱: ۱۴۶)

۲-۲. نظریه فسخ قرارداد به عنوان نظر برگزیده

در نظریه فسخ قرارداد می‌توان این گونه استدلال کرد که تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی، متن ماده (۷۲۹) قانون آیین دادرسی مدنی سابق را در خود منصوص نکرده بود بلکه صرفاً به این ماده اشاره کرده بود و حال چون ماده مزبور نسخ شده، تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی نیز در واقع منسوخ به نسخ عملی می‌باشد. همچنین





حکم ماده (۷۲۹) قانون سابق آیین دادرسی مدنی در تحت عنوان ماده (۵۰۹) در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ آمده بود، که شورای نگهبان در بند ۶۹ نامه مورخ ۱۳۸۷/۰۴/۰۸ حکم داد، که ماده مزبور خلاف موازین شرع است و باید از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب حذف شود و چنین استدلال نمود که: «مواد (۵۰۹) و (۵۱۰) در صورت عدم انجام تعهد در مدت تعیین شده توسط دادگاه، طرف باید روزانه مبلغی را علاوه بر اجرای حکم به عنوان تاخیر در انجام تعهد پرداخت کند خلاف موازین شرع است.»

عدم الزام متعهد در تعهدات قائم به شخص نه تنها با اصول حقوقی و مقررات فقهی مباینت ندارد بلکه در فقه، اقوال زیادی وجود دارد که الزام محکوم علیه به اجرای حکم را، در مواردی که تعهد قائم به شخص باشد جایز نشمرده اند. صاحب حدائق در حدائق الناضره و محقق کرکی در جامع المقاصد در صورت عدم انجام تعهد، قائل به فسخ ابتدائی هستند. (بحرانی، ۱۴۰۹: ۸۹، محقق کرکی، ۱۴۱۱: ۱۴۰) علامه حلی نیز در ارشاد الاذهان قائل به حق فسخ ابتدائی بوده (حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۲) و محقق حلی معتقد است، حتی در صورت تمکن به اجبار، متعهدله حق فسخ دارد (محقق حلی، ۱۳۶۵: ۲۷۱) شهید اول در بحث شرط کتاب لمعه همانند فقهای دیگر قائل به حق فسخ ابتدائی شده (مکی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۳) و شهید ثانی نیز علت حق فسخ ابتدائی و عدم الزام را اصل عدم می داند (جبعی عاملی، ۱۳۹۶: ۵۰۵). صاحب جواهر نیز در بحث از عقد مساقات، حق فسخ ابتدائی را جایز دانسته و نیازی به مراجعه به حاکم نمی بیند (نجفی، ۱۳۹۴: ۸۱) از فقهای معاصر امام خمینی نیز قائل به فسخ ابتدائی است (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۲۲۰) بنابراین عمده فقهای امامیه به طور مطلق در صورت امتناع مشروط علیه از انجام شرط، اعم از اینکه شرط توسط دیگری قابل انجام باشد یا قائم به شخص باشد، قائل به حق فسخ ابتدایی برای مشروط له هستند. از فقهای مشهوری که قائل به الزام هستند، صرفاً شیخ انصاری در مکاسب و مرحوم نائینی در منیه الطالب هستند که قائل به اجبار مشروط علیه هستند (انصاری، ۱۳۸۲: ۲۶، نائینی، ۱۳۵۸: ۲۶) استدلال شیخ انصاری و مرحوم نائینی بر پایه وجوب وفا به شرط با استنباط از آیه «المؤمنون عند شروطهم» می باشد و عقیده دارند که



پس از پذیرش وجوب وفا به شرط، رفع ضرر از طریق اجبار مشروط‌علیه به اجرای شرط ممکن است بنابراین فسخ معامله زمانی پیش می‌آید که نتوان مشروط‌علیه را به اجرای شرط مجبور نمود در حالی که این نظر به طور مطلق قابل پذیرش نیست چون در صورت تخلف از شرط، جبران ضرر مشروط‌له از دو راه اجبار به انجام تعهد و یا فسخ معامله صورت می‌گیرد و هیچ یک بر دیگری ترجیح ندارد. با این حال نظر فقهای اخیر که مشهور نمی‌باشد ولی تحت عنوان قاعده کلی مورد متابعت نویسندگان قانون مدنی ایران قرار گرفته است.

مهم‌تر از همه اینها از لحاظ عقلی نیز الزام محکوم‌علیه در تعهدات قائم به شخص قابل خدشه است، چون در این صورت الزام به تعهدات قائم به شخص، تعهد به کیفیت سابق قابل اجرا نیست. به خصوص اینکه امروزه در اکثر سیستم‌های حقوقی الزام در تعهدات قائم به شخص برداشته شده است. هم چنین در ذیل ماده (۲-۲-۷) اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۱ چنین آمده است؛ هنگامی که اجرای تعهد خصلتی منحصرأ شخصی دارد، الزام به اجرای تعهد به معنی مداخله در آزادی شخصی متعهد خواهد بود. علاوه بر این الزام به اجرای تعهد، اغلب به کیفیت آن صدمه می‌زند.

همچنین نمی‌توان با استفاده از قیاس اولویت، الزام به اجرای تعهد را به تعهدات قائم به شخص نیز تسری داد. چون قیاس اولویت زمانی به کار می‌آید که اولییتی در بین باشد در حالی که تعهدات قائم به شخص هیچ اولییتی به تعهدات غیر قائم به شخص نداشته، همچنین قیاس اولویت را در جایی می‌توان به کار برد که حکم قضیه مسکوت بوده و گزینه‌ای نداشته باشیم، یا همان طور که اصولیان گفته‌اند قیاس اولویت قیاسی است که علت حکم در فرع قوی‌تر از علت حکم در اصل باشد (محمدی، ۱۳۸۷: ۱۹۶) در حالی که علت الزام در تعهدات قائم به شخص به هیچ وجه قوی‌تر از علت الزام در تعهدات غیرقائم به شخص نمی‌باشد. هم اینکه طبق اصول حقوقی و مقررات فقهی می‌دانیم که الزام در تعهدات قائم به شخص در نظرات مشهور فقها پذیرفته نشده است. تا جایی که در فقه نیز





نظری وجود دارد مبنی بر اینکه مشروط له حتی در صورت تمکن به اجبار محکوم علیه، می تواند عقد را فسخ کند و یا حتی به جای الزام یا فسخ، بهای شرط را تقویم و مطالبه کند (صدر، ۱۴۰۰، ۶۰)^۱ چون همان طوری که گفته اند وجود خیار، ناشی از قاعده لاضرر است و چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا، خود موجب ضرر مشروط له باشد. بنابراین نمی توان حق خیار را قبل از مراجعه به حاکم از مشروط له سلب کرد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۴۴).

با ملاحظه ماده (۵۲۹) قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ که مقرر داشته؛ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن و مواد (۱۸، ۱۹، ۲۱، ۲۳ و ۳۲) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ و سایر قوانین و مقررات «در موارد مغایر ملغی می گردد» بدو امکان است این گمان در ذهن القاء شود که قید «مغایر» مربوط به همه مقررات مذکور در این ماده است و از این توجیه این نتیجه گرفته شود، که از مقررات قانون آئین دادرسی مدنی سابق نیز منحصرأ مقرراتی که مغایر با مقررات قانون آئین دادرسی مدنی مصوب فروردین ۱۳۷۹ است، الغاء شده است و بنابراین مواد (۷۲۹) و (۷۳۰) و نیز تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی که مغایرتی با مقررات قانون آئین دادرسی مدنی جدید ندارد، به اعتبار خود باقی است، ولی با توجه به اینکه مطابق قواعد اصولی و ادبیات، قیدی که پس از ذکر عناوین متعدد آورده می شود باید به آخرین عنوان نسبت داده شود، مگر اینکه قرینه ای آن را منصرف به همه عناوین سازد و در ماده (۵۲۹) قانون آئین دادرسی جدید هیچگونه قرینه ای که موجب ارتباط قید «مگر در موارد مغایر» به همه مقررات مذکور در این ماده باشد، مشاهده نمی شود، انصراف قید مزبور فقط به عنوان «سایر قوانین و مقررات» که به طور کلی و بدون ذکر مشخصات قوانین مذکور، مورد اشاره قرار گرفته است، ظاهر به نظر می رسد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۸۷). در نتیجه مقصود ماده (۵۲۹) قانون جدید، نسخ کل مواد قانون قدیم و چند ماده دیگر مورد اشاره (بدون استثنای هیچ ماده از قانون قدیم) به اضافه نسخ مقررات مغایر در سایر قوانین



۱ و لا یخلو من نظر بل لا یبعد ثبوت الخیار مع التمكن من الاجبار ایضا و لا یبعد ایضا ان للمشروط له مع عدم الفسخ المطالبة بقيمة الشرط

می باشد و مقنن نمی خواسته است همه عناوین قانونی دیگر را ذکر نماید و از احصاء نمودن همه قوانین که ممکن است موضوعاً نیز خاصه آیین دادرسی مدنی نباشند (مانند قانون تجارت که در آن نیز مواردی که مربوط به آیین دادرسی مدنی می باشد وجود دارد) اجتناب نموده است و ترجیح داده است که پس از ذکر چند قانون که مخصوصاً قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ از مهم ترین آنها است، تنها ضابطه ای وضع نموده و سایر مقررات را نه به طور کلی، بلکه در موارد مغایر فسخ نموده است. بنابراین کلیه مقررات قانون آئین دادرسی مدنی و از جمله دو ماده (۷۲۹) و (۷۳۰) قانون سابق باید به استناد ماده (۵۲۹) قانون جدید آئین دادرسی مدنی، منسوخ تلقی گردد.

از لحاظ تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلیس نیز نظر بر عدم الزام متعهد به انجام این دسته از تعهدات است. در حقوق فرانسه، اگر اجرای تعهد حسب ماده (۱۱۴۲) قانون مدنی مستلزم فعالیت شخص متعهد باشد الزام بر اجرای تعهد برخلاف میل متعهد است؛ مثلاً بازیگر تئاتر را که تعهد کرده است نقشی را در یک نمایش بازی کند نمی توان علیرغم میل و اراده اش به ایفای نقش مجبور ساخت در حقوق فرانسه در سایر تعهدات نیز در صورتی که متعهد از انجام تعهد خودداری نماید متعهدله حق انتخاب دارد که یا معامله را فسخ کند یا الزام متعهد را بخواهد. همچنین در حقوق انگلستان نیز زمانی اجرای عین تعهد^۱ به صلاح دید دادگاه مورد استفاده قرار می گیرد که این دستور مطابق ماهیت تعهد ممکن باشد و همچنین دادگاه در اجبار به عین تعهد قراردادی عوامل متعددی از قبیل جبران ضرر و عسر و حرج متعهد را نیز در نظر می گیرد. به عبارتی دیگر در نظام های حقوقی مثل کامن لو که تأکید بر اجرای عین تعهد قراردادی در جبران ضرر دارند در قراردادهایی که نقض آن با پرداخت پول جبران می شود مثل قرارداد فروش کالاهای معمولی یا در مواردی که اجرای عین تعهد قراردادی امکان پذیر نمی باشد برای مثال قرارداد شامل جزئیات جزئی و متعدد بوده یا جنبه منحصرأ شخصی داشته و قائم به شخص می باشد مثل قراردادهای خدمات شخصی، یا قراردادهایی که جایز هستند و هر یک از طرفین





می توانند هر زمانی که اراده نمایند عقد را فسخ نمایند و قراردادهایی که شامل انجام وظایف مستمر هست که دادگاه نمی تواند بر آنها نظارت مستمر داشته باشد قائل به اجرای عین تعهد قراردادی نیستند. (Shireen, 2019: 6)

به عبارت دیگر سیستم کامن لو الزام به اجرای عین تعهد را جز در صورتی که مورد تعهد پرداخت پول باشد و نیز در موارد استثنایی از جمله اموال منحصر به فرد و یونیک یا کافی نبودن جبران خسارت برای منظور متعهدله، نمی پذیرد و بنابراین دادگاه زمانی دستور اجرای عین تعهد به جای پرداخت خسارت را می دهد که این دستور بتواند بهتر و کامل تر به اجرای عدالت بینجامد. (Szladits, 2012: 28 / Shavell, 2012: 54) برای مثال در دعوی رایان علیه موتال^۱ اجاره نامه ای تنظیم شده بود که شامل شرطی بود که براساس آن خوانده یا مالکان باید درباری استخدام می کردند که بدون وقفه از ساختمان یا بلوک ها مراقبت کند. شخصی که گماشته شده بود، کاری دیگر نیز داشت، در نتیجه گاهی اوقات غیبت می کرد. خوانده اجبار خواهان را به اجرای شرط درخواست نمود ولی دادگاه از اجرای عین تعهد این شرط اجاره نامه خودداری نمود، زیرا نیازمند یک سطح نظارتی بی وقفه بود که فراتر از توانایی دادگاه به شمار می رفت. (Poole, 2006: 405)

در دعوی لوملی علیه واگنر^۲ خواهان برای ساخت آهنگی برای تئاترش خوانده را استخدام نمود و قرارداد محتوای شرط صریحی بود که خوانده را از آهنگ سازی در جای دیگر در طول مدت قرارداد منع می نمود. خوانده قرارداد دیگری برای ساخت آهنگ در جای دیگری منعقد نمود و از اجرای قرارداد با خواهان خودداری نمود. خواهان خواستار الزام خوانده به ساخت آهنگ و اجرای عین تعهد قراردادی شد. درخواست اجرای عین تعهد توسط دادگاه رد شد و دادگاه حکم داد اجرای عین تعهد توسط دادگاه قابل اجرا نیست، چون قرارداد مربوط به خدمات شخصی بوده و نمی توان مانع آهنگ سازی خوانده در جای دیگر و الزام او برای آهنگ سازی برای خواهان شد (Poole, 2006: 407).



1 Rayan v Mutual Tontine Westminster Chambers Association 1893, 1Ch 116
2 Lumley V Wagner 1852, 1 De GM & G 604

کشورهای اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی سابق هم قائل به اجرای عین تعهد قراردادی هستند و چون اعتقاد بر این هست که در صورت نقض تعهدات، اجرای معادل تعهدات ناشی از قرارداد در قبال آنها نمی‌تواند موجبات رضایت طرف قرارداد را فراهم آورد چون در قراردادها تحقق برنامه وابسته به اجرای آنهاست و باید عیناً اجرا شوند. (داوید، ۱۳۸۰: ۲۹۷) یا اینکه احساس می‌کنند در صورتی که اجرای عین تعهد قراردادی اجرا نشود، محاسبات اقتصادی به هم می‌خورد. (Gareth & Goodhart, 1986: 5) ولی همین کشورها نیز در تعهدات قائم به شخص انعطاف‌پذیر هستند.

در سیستم حقوقی آفریقای جنوبی امکان اجرای عین تعهد قراردادی وجود دارد با این حال در مواردی که خسارات به اندازه کافی جبران گردد یا اجرای عین تعهد قراردادی برای دادگاه دشوار باشد و در نهایت تعهد قائم به شخص باشد از اجرای عین تعهد قراردادی خودداری می‌گردد. (Kanamugire, 2015: 66)

ماده (۳۷۹) قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند مشتری حق فسخ خواهد داشت»، علت اینکه در صورتی که مشروط‌علیه به مفاد شرط عمل ننماید، صرفاً حق فسخ برایش ایجاد می‌شود، به این دلیل است که شرط رهن و ضامن از شروط قائم به شخص می‌باشد و تعیین مال مورد رهن و معرفی ضامن نیز عملی است که انجام از جانب غیر مشروط‌علیه امکان ندارد. چون بر الزام اشکالات فراوانی وارد است اولاً: ارزش‌گذاری بر اساس چه ملاکی صورت می‌گیرد، ثانیاً: بعد از ارزش‌گذاری چه اموالی را می‌توان انتخاب کرد، ثالثاً: ما تا آنجایی که باید بتوانیم قائل به فسخ قرارداد و جبران خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد شویم تا الزام به اجرای قرارداد که سیستم‌های حقوقی هم چون نظر تعدادی از فقها، سعی در کنار گذاشتن آن از قواعد حقوقی خود دارند.

در مورد معرفی ضامن هم باید بگوییم در صورتی که در قرارداد ذکر شود که مشروط‌علیه برای اجرای قرارداد، ضامن معرفی کند ولی مشروط‌علیه از اجرای آن خودداری کند در این صورت مشروط‌له فقط می‌تواند معامله را فسخ نماید، چون معرفی





ضامن نیز از اعمالی است که شخص دیگری غیر از مشروط علیه نمی تواند آن را معرفی نماید در واقع یک نوع شرط و تعهد قائم به شخص می باشد که شخص دیگری جز مشروط علیه نمی تواند آن را اجرا نماید. ماده (۲۴۳) قانون مدنی در همین زمینه مقرر می دارد: «هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.» و وقتی هم که فسخ صورت می گیرد اثر آن صرفاً بعد از فسخ می باشد و تاثیری در گذشته ندارد. در برخی موارد نیز قانون گذار با وصف اینکه تعهد جنبه غیر شخصی داشته و امکان اجبار مشروط علیه وجود دارد از قاعده کلی مذکور در ماده (۲۳۹) قانون مدنی عدول کرده است برای مثال قانون گذار در ماده (۴۹۶) قانون مدنی مقرر داشته است: «...و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد.» یا در بند «د» ماده (۸) قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ در احصای مواردی که موجر می تواند عقد اجاره را فسخ کند گفته است: «...در صورتیکه ه مستأجر با تعهد به پرداخت اجاره بها در مهلت مقرر از آن شرط تخلف نماید». بنابراین ملاحظه می گردد با تحقق تخلف قانون گذار به مشروط له اختیار فسخ ابتدایی عقد اجاره قبل از اینکه الزام مستأجر را به انجام شرط بخواند اعطا کرده است.

بند (۵) قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقرر می دارد که چنانچه طرفین اشخاص معینی را برای داوری انتخاب کنند و داوران نخواهند یا نتوانند به عنوان داور رسیدگی کنند، قرارداد داوری ملغی الاثر خواهد شد مگر اینکه طرفین برای تعیین داوران جدید تراضی کنند، همان طور که گفته اند اگر طرفین مصمم باشند تا در قرارداد داوری افراد معینی را به عنوان داور تعیین کنند، این احتمال را باید در نظر بگیرند که داورها نخواهند یا نتوانند به اختلاف رسیدگی کنند (شیروی، ۱۳۷۸: ۷۵) مجالس قانون گذاری کمتر تمایل به بطلان توافقنامه های داوری داشته و سعی می کنند که از دخالت دادگاه ها در امور داوری کاسته شود ولی در این بند صراحتاً گفته شده است که اگر طرفین در توافقنامه داوری (شرط ضمن عقد و توافقنامه مستقل) بر داوری افراد معینی توافق کنند و حال آن فرد از داوری سرباز زند در اینجا گفته اند که توافقنامه ی داوری باطل می شود و این نشان از این



دارد که توافق بر داوری افراد معینی جنبه شخصی داشته و قائم به شخص بوده بنابراین در این قانون نیز در صورت تخلف داور از قبول داوری، امکان الزام وجود ندارد و امکان جایگزینی فرد دیگری نیز وجود ندارد.

نمایندگی سیاست های قراردادی در حقوق آمریکای مطالع

و در پایان سوالی که به ذهن می رسد این است که اگر به این نتیجه برسیم که در حقوق ایران الزام به تعهدات قائم به شخص پذیرفته نشده است آیا با فسخ می توان جبران ضرر کرد؟ در پاسخ می توان گفت که حق فسخ ناشی از تخلف متعهد از انجام تعهد، در حقیقت خود راهی برای جبران خسارت می باشد بنابراین در صورت عدم امکان الزام به اجرای تعهد، مشروطه می تواند برای جبران ضرر و خسارت ناشی از عدم انجام شرط، قرارداد اصلی را فسخ نماید ولی هم زمان با درخواست فسخ که در دادگاه مطرح می شود می تواند جبران زیان وارده بر خود را نیز مطالبه کند بنابراین جبران ضرر با فسخ قرارداد و دریافت خسارت عدم اجرای تعهد به نظر می رسد منطقی باشد. تعهدات قائم به شخص قراردادهایی هستند که نقض آن می تواند با مطالبه خسارت جبران ضرر شود. در سایر اسناد بین المللی نیز از قبیل اصول حقوق قرارداد اروپایی نیز توسل به فسخ قرارداد، متعهدله را از حق دریافت خسارت محروم نخواهد ساخت، حکمی که ناشی از تفاوت مبنایی این اسناد با حقوق داخلی است یعنی فسخ قرارداد و متعاقباً پرداخت پول به متعهدله شیوه کامل جبران خسارت تلقی شده و از این راه است که منافع شخص خسارت دیده به بهترین شکل ممکن تامین خواهد شد (معصومی، مازندرانی، ۱۳۹۹: ۲۳۵)

همچنین سیاست عمومی نیز از حداکثر آزادی قراردادی و قصد طرفین حمایت می کند سیاست عمومی نیز ریشه در قانون اساسی و قانون مدنی دارد. بنابراین اجرای عین تعهد قرارداد نباید روش اولیه و اجباری جبران خسارت لحاظ شود بلکه باید به طرف آسیب دیده اجازه داد تا قرارداد را فسخ نموده و از مطالبه خسارت به عنوان راه حلی برای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد استفاده کند. وقتی توافق طرفین قائم به شخص هست بنابراین حق فسخ ابتدایی نیز مفروض بر اراده طرفین هست به عبارت دیگر وقتی قرارداد جنبه منحصرأ شخصی دارد و توسط شخص دیگری قابل انجام نیست طرفین به هنگام





انشای عقد توافق می کنند که در صورت عدم انجام تعهد توسط مشروط علیه طرف مقابل بتواند حق فسخ داشته باشد.

اجرای عین تعهد قراردادی که تقریباً اکثریت دعاوی در دادگاههای حقوقی کشورها را شامل می شود یک هدف عمده دارد جبران ضرر در مفهوم حفاظت از حق می باشد. ولی اجرای عین تعهد قراردادی صرفاً یکی از راههای جبران ضرر می باشد بلکه فسخ ابتدائی قرارداد و طرح دعوی برای خسارت از دیگر روش های جبران ضرر نیز می باشد که به خصوص مناسب برای تعهدات قائم به شخص می باشد بنابراین اجرای عین تعهد قراردادی یک راه حل اولیه برای جبران خسارت و حمایت از طرف قرارداد آسیب دیده هست ولی نباید به عنوان تنها راه حل اجباری جبران خسارت به کار رود در حالت پیشنهادی بلکه هم باید طرف قرارداد اختیار اجرای آن یا فسخ و مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد را داشته باشد و هم دادگاه اختیار داشته باشد که اجرای عین تعهد قرارداد را قبول یا رد کند و دادگاهها در مورد هر پرونده با توجه به حقایق آن پرونده و شرایط خاص آن تصمیم گیری نمایند. در سایر تعهدات شاید راه حل فسخ ابتدائی برای جبران خسارت ناکافی باشد برای مثال در موارد قرارداد انتقال اموال غیرمنقول راه حل فسخ شاید برای جبران خسارت ناکافی باشد ولی در تعهدات قائم به شخص اجرای عین تعهد قراردادی خود موجب ضرر می باشد گرچه در سایر تعهدات نیز بهتر بود اختیار مشروط له در فسخ و یا اجرای عین تعهدات قراردادی در نظر گرفته می شد.

بنابراین با توجه به دلایل فوق، در صورتی که مشروط علیه از اجرای شرط قائم به شخص خودداری کند در این صورت صرفاً برای مشروط له حق فسخ باقی می ماند ولی برای جبران خسارات وارده به دلیل عدم اجرای تعهد یا شرط می تواند طرح دعوا کرده و خسارات وارده ناشی از عدم انجام تعهد را مطالبه کند. بنابراین طبق تحلیل های فوق می توان گفت یگانه ضمانت اجرای تعهدات قائم به شخص در حقوق ایران فسخ تعهد و دریافت خسارت عدم اجرای تعهد می باشد.



نتیجه گیری:

در مقام نتیجه گیری با توجه به وضعیت فعلی نظام حقوقی و حذف جریمه اجبار و با استناد به ماده (۲۳۹) قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت» شاید بتوان در مورد تعهدات قائم به شخص، با توجه به حذف ضمانت اجرای مقرر در تبصره‌ی ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی و نیز موضع انعطاف‌ناپذیر محاکم در خصوص تفسیر لفظی مقررات، حق فسخ ابتدایی و دریافت خسارات عدم انجام تعهد را تنها راه‌حل موجود تلقی نمود. همچنین با توجه به مقررات فقهی در زمینه تعهدات قائم به شخص، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی، ماهیت قراردادهای قائم به شخص، نظریات مشورتی، نشست‌های قضایی، حقوق کشورهای دیگر در این زمینه و نظرات شورای نگهبان هنگام تصویب قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قائل به حق فسخ شد. گرچه عده‌ای معتقد باشند که تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی هنوز از اعتبار برخوردار است، ولی با توجه به گرایش‌های جدید در زمینه حقوق خصوصی و اینکه هنگامی که اجرای تعهد خصلتی قائم به شخص بوده و ماهیتی منحصرأ شخصی دارد، الزام به اجرای تعهد به معنی مداخله در آزادی شخصی متعهد بوده و علاوه بر این الزام به اجرای تعهد، اغلب به کیفیت تعهد قائم به شخص صدمه می‌زند. نظارت بر اجرای خیلی شخصی تعهد ممکن است به بروز مشکلات عملی غیرقابل حل منجر شود؛ همچنانکه تجربه‌ی کشورهای که چنین مسئولیت‌هایی را به دادگاه‌هایشان محول کرده‌اند، به خوبی روشنگر این معنا است. در نتیجه قائل شدن به حق فسخ ابتدایی و حذف ضمانت اجرای تبصره ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی با گرایش‌های جدید حقوقی و مقررات فقهی و غرض عرفی از ایفای تعهدات همخوانی دارد.





منابع:

۱. اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، ۱۳۷۹ ش، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، تهران، انتشارات شهر دانش.
۲. امامی، سید حسن، ۱۳۷۵ ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۲۰ ق، المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۴. -----، ۱۳۸۲ ش، المکاسب، قم، انتشارات مؤسسه مطبوعات دینی.
۵. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۹ ق، الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، جامعه المدرسین.
۶. بهرامی احمدی، حمید، ۱۳۹۰ ش، حقوق قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظامهای حقوقی، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق.
۷. حسینی، سید محمد رضا، ۱۳۸۷ ش، قانون اجرای احکام مدنی در رویه قضایی، تهران، انتشارات مؤسسه فرهنگی نگاه بینه.
۸. داوید، رنه، ۱۳۸۰ ش، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفائی و دیگران، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۹. شهید اول، محمد بن مکی، ۱۴۱۰ ق، اللمعه الدمشقیه، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه.
۱۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۳۹۶ ش، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، جامعه النجف الدینی.
۱۱. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۶ ش، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
۱۲. -----، ۱۳۸۸ ش، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
۱۳. -----، ۱۳۸۷ ش، شروط ضمن عقد، تهران، انتشارات مجد.
۱۴. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۸۷ ش، «تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین المللی ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ش ۳.
۱۵. صدر، محمد باقر، ۱۴۰۰ ق، منهاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.



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

۱۷. علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۰ ق، ارشاد الازهان، قم، انتشارات اسلامی.

۱۸. قربانی، فرج الله، ۱۳۸۲ ش، مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، تهران، انتشارات فردوسی.

۱۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴ ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، سهامی انتشار، ج ۴.

۲۰. محقق حلی، جعفر بن حسن، ۱۳۶۵ ش، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال.

۲۱. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۹ ش، قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت.

۲۲. محقق کرکی، علی بن حسین، ۱۴۱۱ ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل بیت.

۲۳. محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۷ ش، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۲۴. معصومی، محمد مهدی، صالحی مازندرانی، محمد، ۱۳۹۹ ش، «مطالعه تطبیقی الزام به اجرای تعهد به عنوان شیوه جبران خسارت در فقه، حقوق ایران و اسناد بین المللی مربوطه»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۴.

۲۵. مهاجری، علی، ۱۳۸۱ ش، اجرای احکام مدنی، تهران، انتشارات فکر سازان، چ ۱.

۲۶. -----، ۱۳۸۶ ش، مبسوط در آئین دادرسی مدنی، تهران: انتشارات فکر سازان.

۲۷. نائینی، محمد حسین، ۱۳۵۸ ش، منیه الطالب، به قلم حاج شیخ موسی نجفی خوانساری، نجف اشرف، مطبعه مرتضویه.

۲۸. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۹۴ ش، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

29. Gareth, Jones & Goodhart, William, (1986), Specific Performance, London: Butter Worths.





30. Heidemann, Maren, (2007), Methodology of Uniform Contract Law, London W11 4QX, United Kingdom, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
31. Poole, Jill, 2006, Textbook on Contract Law, United States: Oxford University Press.
32. Kanamugire, Jean Chrysostome, (2015), specific performance as a primary remedy in the South African law of contract, corporate board: role, duties & composition / volume 11, issue 2. content downloaded: https://virtusinterpress.org/img/pdf/10-22495_cbv11i2art5.pdf
33. Shavell, Steven, (2012), Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis, content downloaded/printed from Heinonline (<http://heinonline.org>), Sat Dec 15 06:30:54 2012
34. Shirenn, SMT. Sk, (2019), The Contours of specific performance of contract, content downloaded/. <https://districts.ecourts.gov.in/sites/default/files/pdmsompetaThe%20contours%20of%20specific%20performance.pdf>.
35. Szladits, Charles, (2012), the Concept of Specific Performance in Civil Law, content downloaded/printed from Heinonline (<http://heinonline.org>), Sat Dec 15 06:37:28 2012.
36. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (1980), available: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.
37. Unidroit principles of international commercial contracts, (2016), available: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>

ترجمه منابع فارسی به انگلیسی:

1. Akhlaghi, Behrooz, Imam, Farhad, (2000), Principles of International Trade Contracts, Tehran, Shahr-e-Danesh Publications, p1.
2. Ameli, Shams al-Din Muhammad (the first martyr), (1410 AH), Al-Lama'a al-Damashqiyya fi al-Fiqh al-Umayya, Beirut, Institute of Shiite Fiqh.
3. Ansari, Morteza Ibn Mohammad Amin, (2003), Al-Makaseb, Qom, Religious Press Institute Publications, Vol 3.
4. _____, (1420 AH), Al-Makasib, Qom, Islamic Thought Complex, vol. 5.





5. Bahrami Ahmadi, Hamid, (2011), Contract Law with a Comparative Study in the Jurisprudence of Islamic Religions and Legal Systems, Tehran, Imam Sadegh (AS) University Press, p1.
6. Bahrani, Yusuf, (1409 AH), Al-Hadaiq Al-Nadhara Fi Ahkam Al-Atrah Al-Tahir, Qom, Jame'at Al-Modaresin.
7. David, Rene, (2001), The Great Contemporary Legal Systems, translated by Seyed Hossein Safaei, Mohammad Ashouri and Ezatullah Iraqi, Tehran, University Publishing Center.
8. Emami, Seyed Hassan, (1996), Civil Law, Tehran, Islamic Publications, p1.
9. Ghorbani, Farajollah, (2003), Collection of views on the unity of the Supreme Court, Tehran, Ferdowsi Publications.
10. Hali, Abu al-Qasim Najmuddin Ja'far ibn Hassan (Mohaqeq Hali), (1986), Sharia al-Islam in matters of halal and haram, Tehran, Esteghlal Publications, 3rd edition, vol 2.
11. Hali, Hassan Ibn Yusuf Ibn Ali Ibn Motahar (Allama Hali), (1410 AH), Guidance of Minds, Qom, Islamic Publications, Vol 1.
12. Hosseini, Seyed Mohammad Reza, (2008), Law on the Execution of Civil Sentences in Judicial Procedure, Tehran, Negah Bineh Cultural Institute Publications, 2nd turn.
13. Jabal Ameli, Zayn al-Din (Shahid Thani), (1396 AH) Al-Rawdha al-Bahiyya fi Sharh al-Lama'a al-Damashqiyah, Qom, Al-Najaf Al-Diniyah Society.
14. Karki, Ali ibn Hussein (Mohaqeq Thani), (1411 AH), Jame 'al-Maqassid fi Sharh al-Qawa'd, Qom, Al-Bayt Institute, vol 7.
15. Katozian, Nasser, (2005), General Rules of Contracts, Tehran, Private Joint Stock Publications, 6th edition.
16. _____, (2005), General Rules of Contracts, Tehran, Special Joint Stock Publications, Ch 4, Vol 4.
17. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, (2010), Rules of Civil Jurisprudence 2, Tehran, SAMT Publications, Vol.
18. Mohajeri, Ali, (2002), Execution of Civil Judgments, Tehran, Fekr Sazan Publications, 2nd Edition, Vol.
19. _____, (2007), extended in civil procedure, Tehran, Fekrsazan Publications, vol. 3, 2nd edition
20. Mohammadi, Abolhassan, (2008), Principles of Inference of Islamic Law (Principles of Jurisprudence), Tehran, Tehran University Press, 30th edition.

21. Masoumi, Mohammad Mehdi; Salehi Mazandarani, Mohammad, (2021), A comparative study of the obligation to fulfill the obligation as a method of compensation in jurisprudence, Iranian law and related international documents, Quarterly Journal of Comparative Research in Islamic and Western Law, Volume 7, Number 4.
22. Najafi, Sheikh Mohammad Hassan, (1394 AH), Jawahar al-Kalam, Tehran, Islamic Library, vol. 27.
23. Naini, Mirza Mohammad Hussein, (1979), Miniyyeh Talib, by Haj Sheikh Musa Najafi Khansari, Najaf Ashraf, Mortazavieh Press, Vol 2.
24. Sadr, Al-Sayyid Muhammad Baqir, (1400 AH), Minhaj Al-Saleheen, Beirut, Dar Al-Ta'rif Press.
25. Safaei, Seyed Hossein, (2011), International Sale Law, Tehran, University of Tehran Press, 3rd edition.
26. Shahidi, Mehdi, 2008, Conditions during the contract, Tehran, Majd Publications, 2nd turn, vol. 4.
27. _____, 2007, Effects of Contracts and Obligations, Tehran, Majd Publications, 3rd turn, Volume 2.
28. _____, 2009, Fall of Liabilities, Tehran, Majd Publications, turn 9, vol. 5.
29. Shiravi, Abdolhossein, 2008, Arbitration contract preparation according to the International Commercial Arbitration Law of Iran, Journal of Qom Higher Education Complex, Volume 1, Number 3.

