

## توسعه راهکارهای مواجهه با متعهد ممتنع

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

عبدالعظیم فروشی\*

علی اکبر مکه آبادی<sup>۱</sup>

### چکیده:

در روابط قراردادی بسیار دیده می‌شود که یک طرف قرارداد تعهدات خود را انجام داده است یا آماده به انجام آن است اما طرف دیگر نسبت به انجام تعهدات خود تاخیر داشته یا از انجام آن خودداری می‌کند و زمان به نفع یک طرف و علیه دیگری جریان دارد. در حقوق قراردادها در مواجهه با طرف ممتنع از انجام تعهد، همواره از ضمانت اجراهای «الزام به انجام تعهد»، «تسلیم موضوع تعهد به حاکم»، «فسخ» و «مطالبه خسارت» سخن به میان آمده است در حالی که با توجه به سرعت متغیرهای اقتصادی و ضرورت واکنش سریع در مقابل این تحولات و از طرف دیگر کندی و طولانی بودن روند دادرسی، ضمانت اجراهای مذکور کارایی و هم‌گامی لازم با ضروریات اقتصادی را ندارد. نوشتار حاضر با روش توصیفی تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای - اسنادی به دنبال پاسخ به این پرسش است که علاوه بر ضمانت اجراهای مزبور، چه ابزارهای حقوقی دیگری می‌توان مورد شناسایی و اعمال قرار داد که با توجه به موضوع تعهد و موقعیت طرفین راهکار مناسبی نیز باشد. از یافته‌های پژوهش این نتیجه حاصل می‌شود که ابزارهای حقوقی همچون؛ «جانشینی مستقیم از ممتنع»، «برائت خود به خودی ذمه»، «نگهداری یا امانت‌سپاری» و «فروش» می‌تواند ضمانت اجراهای مناسب دیگری باشد که حسب موضوع تعهدات و موقعیت طرفین، می‌تواند مورد اعمال قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: امتناع از تعهد، راهکار جایگزین، کنوانسیون بیع کالا

Email: a.khoroushi@hsu.ac.ir

Email: a.hokmabadi@hsu.ac.ir

\*. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه حکیم سبزواری - سبزوار - ایران (نویسنده مسئول).

۱. عضو هیات علمی دانشگاه حکیم سبزواری - سبزوار - ایران

## ۱. بیان مسئله

قرارداد توافقی است که اجرای مطلوب آن نیازمند همکاری مشترک طرفین است. امروز کمتر قراردادی یافت می‌شود که تعهدات طرفین بلافاصله پس از انعقاد قرارداد اجرا شود؛ حتی در قراردادهای آنی که طرفین قصد اجرای فوری تعهدات خود را دارند به اقتضای موضوع قرارداد ممکن است اجرای فوری و کامل تعهدات فراهم نباشد و بعداً متعهد یا متعهدله قرارداد، بنا به دلایلی که بیشتر ناشی از ملاحظات اقتصادی است از قبول یا اجرای موضوع تعهد خودداری می‌کند. ممتنع از انجام تعهد ممکن است هریک «متعهد» یا «متعهدله» باشند که در اجرای قرارداد همکاری لازم را به عمل نمی‌آورند. در عقود معاوضی هریک از طرفین نسبت به یکدیگر متعهد و متعهدله محسوب می‌شود. مانند اینکه فروشنده از دریافت ثمن یا تحویل مبیع خودداری نماید و اینکه خریدار از تحویل گرفتن کالای خریداری شده خودداری کند. مسئله نیازمند پاسخ این است که هرگاه متعهد آماده ایفای تعهدات قراردادی خود باشد تا با انجام آن از مسئولیت قراردادی بری شود در حالی که متعهدله از پذیرش تعهد خودداری می‌کند، تکلیف او چیست؟ آیا راهکارهای قانونی کافی و متناسب برای همه انواع تعهدات قراردادی وجود دارد؟ در حقوق ایران مهم‌ترین ماده‌ای که به این بحث می‌پردازد ماده ۲۷۳ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد هرگاه متعهدله از قبول تعهد استنکاف کرد، متعهد می‌تواند با تحویل آن به حاکم یا قائم مقام او از تعهد بری شود. اما اجرای حکم این ماده نه تنها در عمل مشکلات زیادی ایجاد می‌کند بلکه بعضاً قابلیت اجرا ندارد یا با ماهیت همه انواع تعهدات نیز سازگار نیست. ضمانت اجراهای دیگری نیز همچون الزام به انجام تعهد یا فسخ نیز کارایی یا مطلوبیت کافی را ندارند. از این رو در ادامه ضمن بررسی مشکلات آن در حقوق ایران، وضعیت برخی کشورها و مقررات بین‌المللی موجود، مورد بررسی قرار می‌گیرد تا در نهایت راهکاری متناسب برای آن در حقوق ایران به‌دست آید.

در خصوص پیشینه پژوهش نیز لازم به ذکر است که مقاله‌ای با موضوع «بررسی خودداری از پذیرش اجرای قرارداد از سوی متعهدله در حقوق ایران و فقه امامیه با نگاهی به اصول حقوق قراردادهای اروپا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا» توسط آقای محمدباقر پارساپور و همکاران در مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی منتشر شده است اما در این مقاله نه تنها همه ضمانت اجراهای ممکن مورد بررسی قرار نگرفته است بلکه ضمانت اجراهای مورد بررسی نیز از جهت تناسب آن با انواع مختلف تعهدات، مورد مطالعه قرار نگرفته است. همچنین تحقیق مذکور تنها ناظر به تعهدات متعهدله است. لذا پژوهش حاضر از این جهت که طیف وسیعتری از ضمانت اجراهای ممکن را بررسی نموده و تناسب و سازگاری آن با انواع

مختلف تعهدات در دوره حقوق مدنی و تجارت مورد نقد و بررسی قرار داده است، پژوهشی جدید به شمار می‌آید.

## ۲. حقوق کنونی ایران

همان‌طور که در مقدمه گذشت، در حقوق کنونی ایران در مواجهه با طرف ممتنع از اجرای تعهدات که ممکن است متعهدله قرارداد نیز باشد «الزام به انجام تعهد»، «فسخ» و «مطالبه خسارت» و نیز «تسلیم به حاکم» به عنوان ضمانت اجراهای شناخته شده مورد اعمال قرار می‌گیرد. سه ضمانت اجرای نخست، جز به میزان ضرورت، مورد مطالعه این نوشتار نیست زیرا به اندازه کافی در ادبیات حقوقی از آن سخن گفته شده است و لذا سایر ضمانت اجراهای قابل تصور مورد مطالعه قرار خواهند گرفت. مهم‌ترین ماده‌ای که در حقوق ایران به مسئله طرف ممتنع از قبول تعهد می‌پردازد؛ ماده ۲۷۳ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام، مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود». مواد دیگری نیز همچون ماده ۳۸۷ در بحث ضمان معاوضی، ماده ۴۰۵ در بحث خیار تاخیر ثمن، ماده ۴۶۱ در بیع شرط و ۷۴۷ قانون مدنی در بحث کفالت به موضوع امتناع طرف ممتنع که بیشتر متعهدله است، همگی به «رجوع به حاکم» اشاره دارند لیکن مقرر اصلی در این مبحث همان ماده ۲۷۳ قانون مدنی بحث «به تصرف حاکم» دادن را مطرح کرده است که این ماده نیز از چند جهت اشکال دارد:

اول اینکه: راه حل ارائه شده یعنی به «تصرف حاکم» دادن چندان عملی نیست و حاکم یا دادگستری در مفهوم عام خود در عمل چنین امکانات و سازو کاری ندارد تا متعهد پس از آنکه با امتناع طرف دیگر روبرو شد به دادگستری مراجعه کند تا موضوع تعهد را تسلیم حاکم نماید و در نتیجه خود از مسئولیت بری شود. در واقع دادگستری از قبول آن خودداری می‌نماید.

دوم اینکه: تسلیم به حاکم حتی اگر عملی باشد با مشکلات متعدد و از جمله تحمیل هزینه‌های گزاف بر دادگستری روبه رو است. زیرا نگهداری از اموال که حسب طبیعت خود شرایط و امکانات خاص خود را می‌طلبد، خود باعث تحمیل باری گزاف و غیرموجه بر دادگستری است و سبب می‌شود این مرجع تاوان عهدشکنی و طرفین قرارداد را به دوش کشد.

سوم: طبیعت پاره‌ای از تعهدات به گونه‌ای است که «تسلیم به حاکم» به عنوان ضمانت اجرای ممکن، ضمانت اجرای مناسبی نیست چراکه نه ضامن حقوق متعهد است و نه ضامن حقوق متعهدله خواهد بود

بلکه ضمانت اجرای مناسب‌تری می‌طلبید. مانند جایی که انجام تعهد منوط به همکاری طرف مقابل است یا اینکه متعهد ضمن اینکه آماده انجام تعهدات خود است می‌خواهد از «حق حبس» خویش نیز استفاده کند. در این موارد تسلیم به حاکم حافظ حقوق آنها نخواهد بود.

از این رو شایسته است با استقراء در قوانین داخلی و مقررات خارجی ضمانت اجرای متعدد و ممکن مورد بررسی قرار گیرد و همچنین تناسب هریک از راهکارهای پیشنهادی با انواع مختلف تعهدات مطالعه شود. این ضمانت اجراها می‌تواند طیف وسیعی را شامل شود که عبارتند از: «الزام به انجام تعهد یا اجرای عین تعهد»، «جانشینی مستقیم از سوی ممتنع»، «تسلیم به حاکم»، «تادیه به حاکم»، «برائت خود به خودی ذمه»، «نگهداری یا امانت سپردن»، «فروش»، «فسخ» و «مطالبه خسارت». در ادامه این موارد همراه با مطالعه تناسب و کارایی آنها حسب انواع مختلف تعهدات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳. ضمانت اجرای قابل اعمال

در زیر انواع ضمانت اجرای قابل اعمال که هریک می‌تواند مناسب تعهدات خاصی باشد مورد اشاره و بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۳-۱. در اجرای عین قرارداد

الزام به انجام یا اجرای عین تعهد را به عنوان نخستین و اصلی‌ترین ضمانت اجرای ممکن می‌توان نام برد. طرفین به موجب قرارداد تعهداتی را برعهده گرفته‌اند که اجرای آن تعهدات مطلوب آنها بوده است و به سبب آن اقدام به انعقاد قرارداد نموده‌اند. بنابراین هرگاه یک طرف تعهدات خود را به جا آورد یا آماده آن باشد و طرف مقابل از قبول آن تعهد خودداری کند، طرف متضرر می‌تواند الزام به انجام تعهد را از مرجع صالح که عمدتاً دادگاه است بخواهد. دادگاه نیز حکم به الزام انجام تعهد صادر خواهد کرد. البته باید دانست که اجرای عین تعهد به عنوان ضمانت اجرای اولیه، ویژه کشورهای دارای حقوق نوشته است که ترجمان اصل معروف حقوق رم «*pacta sunt servanda*» به معنای «تعهد الزام‌آور است» بوده و معادل اصل لزوم قراردادهای مستند به «*وفوا بالعقود*» و «المؤمنون عند شروطهم» در حقوق اسلامی است. اما در کشورهای کاملاً الزام به انجام تعهد یک ضمانت اجرای تکمیلی و انصافی به شمار می‌آید که ممکن است مورد حکم قرار نگیرد. (Beatson 2010: 575). در حقوق ایران ماده ۲۳۷ قانون مدنی دلالت بر این موضوع دارد و ماده ۲۳۹ قانون مدنی نیز حکایت از تقدم الزام به انجام تعهد بر حق فسخ دارد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۲) و اصل لزوم قراردادهای و مطلوبیت اجرای عین تعهد نیز اقتضای همین امر را دارد.

اگرچه امروزه مطلوبیت اجرای عین تعهد، تقدم و امری بودن آن، مورد انتقاد و تردید است. (دارویی، ۱۳۹۳: ۱۱۹) که بحث تفصیلی آن خارج از موضوع نوشتار حاضر است. اما ضمانت اجرای عین تعهد اگرچه در قراردادهای «انتقال مالکیت» مانند فروش مال موجود به عنوان اصل و مقدم بر دیگر ضمانت اجراها، از مطلوبیت برخوردار است ولی برای انواع دیگر تعهدات، الزام به انجام تعهد نمی‌تواند از مطلوبیت حقوقی و اقتصادی برخوردار باشد (نک: بادینی، ۱۳۹۹: ۱۰۰).

### ۲-۳. جانشینی مستقیم از سوی ممتنع

منظور از جانشینی مستقیم این است که هرگاه طرف مقابل به تعهد قراردادی خود عمل ننماید، دیگری بتواند از سوی او چنین عملی را به جا آورد بی‌آنکه نیازمند مراجعه به دادگاه باشد مانند اینکه بین خریدار و فروشنده قراردادی منعقد شود که در تاریخ معینی تعداد مشخصی کفش به خریدار تسلیم شود. بین طرفین توافق شود مدتی قبل از تسلیم کالا، طرح و اندازه و رنگ کفش‌ها از سوی خریدار معین خواهد شد. ممکن است بعداً خریدار از تعیین جزئیات کالا خودداری نماید. در چنین حالتی ممکن است به موجب برخی مقررات فروشنده بتواند خود به جانشینی از خریدار و طبق ضوابطی دیگر جزئیات کالا را تعیین کند. چنین فرضی در کنوانسیون بیع کالای سازمان ملل در ماده ۶۵ پیش‌بینی شده است که هرگاه تعیین شکل، اندازه یا سایر مشخصات کالا با خریدار باشد و او در موعد مقرر یا مدت معقولی پس از درخواست فروشنده، مشخصات را تعیین نکند، فروشنده خود می‌تواند مشخصات کالا را بر اساس نیاز خریدار تعیین کند. (Gillies, 2000: 30). البته این قید که خریدار جزئیات کالای خریداری شده را تعیین خواهد کرد کافی نیست و لازم است به صراحت قید شود که خریدار حق تعیین چه مشخصاتی را خواهد داشت. (شعاریان، ۱۳۹۵: ۷۴۴) مانند اینکه رنگ یا اندازه و بسته بندی کالا به خریدار واگذار شود.

در قانون مدنی یا دیگر قوانین اگرچه برای فرض خودداری متعهدله که در نتیجه آن شخص متعهد بتواند خودش آن عمل را بدون مراجعه به دادگاه به جا آورد ماده صریحی پیش‌بینی نشده است؛ چراکه مطابق قاعده «الحاکم ولی الممتنع» رجوع به حاکم جهت اجبار او تجویز انجام عمل توسط دیگری ضرورت دارد. (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۵۱) اما با استقراء در قوانین مواردی را می‌توان یافت که جانشینی متعهد مورد پیش‌بینی قرار گرفته است: به عنوان مثال ماده ۳۶۲ قانون مدنی با بیع را ملزم به تسلیم مبیع می‌کند. چنانچه با بیع از تسلیم مبیع خودداری کند و خریدار خود بتواند مبیع را قبض کند این عمل یعنی قبض بدون اذن فروشنده مطابق ماده ۳۷۴ قانون مدنی معتبر خواهد بود. همچنین در تبصره ماده ۲۳ آیین نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها پیش‌بینی شده است اگر به موجب اجاره‌نامه یا قرارداد خصوصی هزینه‌های

مشترک به عهده مالک باشد و مالک از پرداخت آن استتکاف نماید، مستاجر از محل مال الاجاره می‌تواند هزینه‌های مزبور را پرداخت نماید. همچنین در ماده ۲۱ آیین‌نامه مزبور مدیر یا مدیران ساختمان می‌توانند هزینه‌های مربوطه را قبل یا «بعد از پرداخت» به طرف شریک اعلام نمایند. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴: ۳۷۶). عبارت «بعد از پرداخت» حکایت جواز پرداخت هزینه‌ها از سوی شریک دارد. در رویه قضایی ایران نیز در برخی موارد پذیرفته شده است که چنان‌چه یک طرف از انجام تعهد قانونی یا قراردادی خود امتناع کند، طرف دیگر بتواند راساً و بدون نیاز به مراجعه به دادگاه آن را انجام دهد و هزینه‌های آن را نیز مطالبه کند. چنان‌که شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره 9309970221200031 مورخ ۱۳۹۳/۰۱/۲۵ مقرر داشته است در صورتی که عدم انجام تعهد موجب ایجاد ضرر برای طرف دیگر شود، آن طرف می‌تواند تعهد را به جا آورد و هزینه آن را مطالبه کند و این امر منافی حکم مقرر در ماده ۲۶۷ قانون مدنی نیست. (پژوهشگاه قوه قضاییه، <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6523>). بنابراین اگرچه در حقوق ایران انجام عمل به جانشینی مستقیم از ممتنع به صراحت پیش‌بینی نشده است، اما با توجه به ملاکی که از مواد مختلف به دست می‌آید که هر جا ضرورت ایجاد نماید و برای دفع ضرر از طرف دیگر لازم باشد، طرف مقابل باید بتواند خود آن عمل را به جا آورد و در صورتی که هزینه‌ای در این راه متحمل شده باشد نیز آن را مطالبه کند. مبنای شناسایی چنین حقی قواعد حقوقی مختلفی از جمله قاعده لاضرر و یا حق تقاص باشد چراکه تقاص هم در مورد انکار و امتناع از ادای حق و هم ممانعت در ادای حق را شامل می‌شود. (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۸۶/۱) برخی فقها چنین اظهارنظر کرده‌اند که بعید نیست با توجه به لزوم عقد و دفع ضرر تقاص بر فسخ مقدم باشد. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۹-۵۰). با وجود اینکه انجام عمل توسط طرف دیگر در مواردی می‌تواند راهکار مناسبی برای جلوگیری از ضرر طرف دیگر باشد جز در مواردی که صراحت قراردادی یا قانونی وجود دارد یا زمانی که قواعدی همچون لاضرر اقتضا نماید، باید در اجرای چنین ضمانت اجرایی احتیاط کرد زیرا در مواردی که حقی مثل تقاص نیز مورد شناسایی فقها قرار گرفته است، گفته شده است که اجرای آن زمانی مجاز است که ثبوت حق، مورد اختلاف نباشد در غیر این صورت رجوع به حاکم واجب است (یزدی، ۱۴۱۴: ۲۱۲/۲). و برخی نیز تقاص را بعد از رجوع به حاکم جایز دانسته‌اند (بهبهانی، ۱۳۱۰: ۱۰۴). به هر حال انجام تعهد به جانشینی از متعهد ممتنع در فقه نیز می‌تواند متکی به جواز تقاص باشد و قاعده لاضرر باشد.

### ۳-۳. تسلیم به حاکم

در فرض امتناع یا عدم امکان تسلیم موضوع تعهد به متعهدله، تسلیم به حاکم به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شده است که در مواد مختلفی از قانون مدنی از جمله مواد ۲۷۳ و ۳۸۷، ۴۰۵، ۴۶۱ و ۷۴۷ قانون

مدنی مورد اشاره قرار گرفته است اما اصلی‌ترین آن ماده ۲۷۳ قانون مدنی است که مقرر داشته است در صورتی که یک طرف با امتناع صاحب حق مواجه شد می‌تواند مال یا حق را به تصرف حاکم دهد و خود از مسئولیت بری شود. مبنای این حکم قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۵۹/۳). در فقه شیعی مراد از حاکم امام (ع) است و در عصر غیبت، حاکم نایب امام یا همان فقیه جامع الشرایط است که صاحب افتا و ولایت قضایی است (قطیفی، ۱۴۲۲: ۴۱۲/۳ - بروجردی، ۱۴۲۹: ۳۰: ۱۰). حاکم در حقیقت همان قاضی است که به حل و فصل اختلافات مردم می‌پردازد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۵۷/۱). و امروزه نیز حاکم همان دادگستری یا مرجعی که از سوی قانون‌گذار به صراحت تعیین شده باشد مانند صندوق ثبت، است که در موارد معینی متعهد می‌تواند وجوه را نزد آن تودیع کند.

تسلیم به حاکم با اینکه در قوانین ایران پیش‌بینی شده است و گفته شده است در مورد تسلیم متعهد به هیچ‌گونه فرقی بین جنس موضوع تعهد نیست و فرقی نمی‌کند موضوع تعهد پول باشد یا کالا یا اوراق بهادار یا اموال منقول یا غیرمنقول (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۸۱۲/۱). اطلاق ماده ۲۷۳ قانون مدنی نیز همین معنی را افاده می‌کند، اما در عمل استفاده از چنین ضمانت اجرایی با مشکلات بسیاری مواجه است؛ اولاً: استفاده از این ضمانت اجرا در عمل ممکن نیست. یعنی اگر به عنوان مثال خریدار از تحویل کالا خودداری نماید و فروشنده بخواهد ماده ۲۷۳ قانون مدنی را اعمال نماید تا آن را تحویل دادگستری دهد، دادگستری از قبول آن خودداری خواهد کرد زیرا با وجود پیش‌بینی در قانون شیوه‌ای برای انجام آن در نظر گرفته نشده است.

ثانیاً: حتی در فرضی که بتوان مال را تسلیم حاکم نمود، در قانون پیش‌بینی نشده است که حاکم پس از دریافت آن، با مال چه کند و تا چه مدت از آن نگهداری نماید و پس از آن به عنوان مثال حق فروش آن را داشته باشد زیرا نگهداری از آن برای مدت طولانی به صرفه و معقول نیست و موجب تحمیل مخارج سنگینی به دادگستری می‌شود. البته در مواردی که نگهداری از اموال یا اسناد موجب هزینه و اشغال مکان نیست قبول حاکم و نگهداری از آن می‌تواند پذیرفتنی و قابل توجیه باشد چنان‌که در قانون امور حسبی در بحث مهر و موم ترکه پیش‌بینی شده است که اگر در هنگام مهر و موم ترکه برگه‌هایی پیدا شود که «صاحبان آن حاضر باشند به آنها داده می‌شود و اگر حاضر نیستند محفوظ می‌ماند تا صاحبان آن حاضر شوند و اگر معلوم نباشد که برگه‌ها متعلق به کیست برگه‌ها در دادگاه می‌ماند تا صاحب آن معلوم شود». لازم به ذکر است که در مورد نگهداری اموال ناشی از جرم یا اموالی که حین بازرسی به دست

می‌آید بر اساس ماده ۱۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری آیین نامه‌ای وضع گردیده است که از موضوع بحث بیرون است و شرایط آن نیز متفاوت از اموال موضوع تعهدات است.

ثالثاً: تسلیم به حاکم زمانی می‌تواند راهگشا باشد که بین تعهدات طرفین «وابستگی» وجود نداشته باشد و با تسلیم به حاکم قرارداد اجرا شده و پایان یافته تلقی شود. اما در جایی که انجام تعهد منوط به این است که متعهدله نیز «هم‌زمان» تعهد خود را ایفا کند یا متعهد می‌خواهد از «حق حبس» استفاده نماید، تسلیم به حاکم زمینه اجرای این حقوق را از بین می‌برد یا به ضرر دیگری است و او را برای مدت نامعلومی در بلاتکلیفی قرار می‌دهد. به عنوان مثال تحویل آپارتمان یا کالای مورد معامله منوط به این است خریدار هم‌زمان باقی‌مانده ثمن را بپردازد. در اینجا اگر فروشنده موضوع تعهد را تسلیم حاکم نماید، نامعلوم است که خریدار چه زمان، چگونه و یا اساساً برای انجام تعهدات خود اقدام خواهد کرد یا خیر. بنابراین فروشنده در یک وضعیت نامعلوم و زیان‌باری قرار می‌گیرد. بنابراین تسلیم به حاکم به عنوان ضمانت اجرای مواجهه با طرف ممتنع نه تنها در عمل از سوی دادگستری اجرایی نیست بلکه اجرای آن نیز مشکلات زیادی در پی دارد و شناسایی آن در قانون نیز عملاً مشکلی را حل نکرده است. البته موضوع «تادیه به حاکم» متفاوت است که در بند بعدی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در پایان لازم به ذکر است تسلیم به حاکم در قوانین دیگر کشورهای مورد مطالعه پیش‌بینی نشده است و موضوع در مقررات بین‌المللی نیز سالبه به انتفاع موضوع است.

### ۳-۴. تادیه به حاکم

در حقوق ایران بین «تسلیم به حاکم» و «تادیه به حاکم» تمایزی شناخته نشده است. تسلیم اگرچه مفهومی عام است و شامل تادیه نیز می‌شود ولی تسلیم در مفهوم خاص ناظر به سپردن کالا و اموال مادی است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۵/۶۷۳۰ - جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۸۱۰). ولی تادیه ناظر به ادا کردن و گزاردن وام و پرداخت دین است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۴/۶۳۱۷). به عبارت دیگر تادیه ناظر به تعهدات پولی است. با وجود این، گفته شده هیچ‌گونه فرقی بین جنس موضوع تعهد نیست و فرقی نمی‌کند موضوع تعهد پول باشد یا کالا یا اوراق بهادار یا اموال منقول یا غیرمنقول و «تسلیم به حاکم» بر همه تعهدات صادق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۸۱۲). و اطلاق ماده ۲۷۳ قانون مدنی نیز همین معنی را می‌رساند و قانون‌گذار نیز در این ماده در مقام چنین تفکیکی بین تادیه و تسلیم نبوده است چنان‌که در ماده ۴۶۱ قانون مدنی در بحث بیع شرط از عبارت «تسلیم ثمن» استفاده کرده است و نه تادیه ثمن و مقرر داشته چنان‌چه در زمان خیار مشتری از دریافت ثمن خودداری کند، فروشنده می‌تواند با تسلیم ثمن به حاکم یا قائم مقام او معامله را فسخ کند و اشکالی هم بر متن قانون وارد نیست اما به نظر می‌رسد برای این هدف (ضمانت اجرای



مناسب برای امتناع متعهدله حسب نوع تعهد) لازم است بین این دو مفهوم قائل به تفکیک شد. زیرا با توجه به مشکلات مربوط به «تسلیم به حاکم» که در بالا به آن اشاره شد، در جایی که موضوع تعهد پرداخت وجه است، چون مشکلات مربوط به تسلیم کالای مادی مانند نیاز به نگهداری در محل خاص یا برای مدت طولانی را ندارد، «تادیه به حاکم» می‌تواند راه‌کار مناسبی باشد زیرا نگهداری وجه نقد از سوی حاکم در صندوق دادگستری یا حساب بانکی مشکلات خاصی ندارد.

در حقوق ایران علاوه بر حکم کلی ماده ۲۷۳ قانون مدنی، در مواردی به صراحت تادیه به حاکم پیش‌بینی شده است: چنان‌که ماده ۵۶۴ قانون تجارت در بحث اعاده اعتبار تاجر ورشکسته مقرر می‌دارد «در صورتی که یک یا چند نفر از طلبکارها مفقودالاثر یا غایب بوده یا این که از دریافت وجه امتناع نمایند تاجر ورشکسته باید وجوهی را که به آنها مدیون است با اطلاع مدعی‌العموم در صندوق عدلیه بسپارد و همین که تاجر معلوم کرد این وجوه را سپرده است بری‌الذمه محسوب است».

در قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ نیز مستاجر اختیار دارد اجاره بها را به «موجر یا نماینده قانونی او پرداخت یا در صندوق ثبت و یا بانکی که از طرف سازمان ثبت تعیین می‌شود سپرده و قبض رسید را اگر اجاره‌نامه رسمی است به دفترخانه تنظیم‌کننده سند و هرگاه اجاره‌نامه عادی بوده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد قبض رسید را با تعیین محل اقامت موجر به یکی از دفاتر رسمی نزدیک ملک تسلیم و رسید دریافت دارد. دفترخانه باید منتهی ظرف ده روز به وسیله اداره ثبت محل مراتب را به موجر یا نماینده قانونی او اخطار کند که برای دریافت وجه تودیع شده به دفترخانه مزبور مراجعه نماید». لذا اگرچه تسلیم به حاکم دارای مشکلات متعددی است که در بالا به آن اشاره شد، اما تادیه به حاکم از این اشکالات مبرا است و در جایی که موضوع تادیه وجه است، می‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد؛ چنان‌که در قوانین متعدد مانند قانون اجرای احکام مدنی، قانون امور حسبی و قانون تجارت سپردن به صندوق دادگستری در موارد متعدد پیش‌بینی شده است.

### ۳-۵. برائت خود به خودی ذمه

منظور از برائت خود به خودی ذمه متعهد این است که هرگاه متعهد برای اجرای تعهد خود اعلام آمادگی کرد تا تعهد خود را به جا آورد و طرف مقابل از پذیرش آن خودداری نماید، این امتناع موجب برائت ذمه متعهد گردد. امتناع از قبول تعهد اصولاً موجب برائت مدیون نمی‌شود مگر قصد او ابراء یا اعراض باشد. با امتناع متعهد از قبول تعهد، حاکم او را مجبور به قبول کرده و در صورت امتناع متعهد، حاکم از طرف او آن را می‌پذیرد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۲۴/۳). با وجود این برائت ذمه مدیون یا برخی اشخاص که مسئولیت

پرداخت دین را بر عهده دارند در حوزه حقوق تجارت امری پذیرفته شده است. چنان که ماده ۴۱۰ قانون تجارت ایران مقرر می‌دارد: «استنکاف مضمون له از دریافت طلب یا امتناع از تسلیم وثیقه اگر دین با وثیقه بوده ضامن را فوراً و به خودی خود بری خواهد ساخت.» ملاحظه می‌شود در اینجا امتناع از دریافت طلب یا تسلیم وثیقه موجب براءت خود به خودی ذمه ضامن می‌شود. مورد دیگر مربوط به برات است که عدم مطالبه وجه برات به رویت یا به وعده از رویت در موعدهای قانونی مطابق ماده ۲۷۴ قانون تجارت موجب معافیت برخی از مسئولان برات مانند برات دهنده‌ای که وجه را به محال‌الیه رسانده و همچنین ظهرنویس‌ها خواهد شد.

ماده ۳-۶۰۳ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا نیز مقرر می‌دارد هرگاه پیشنهاد پرداخت متعهد سند تجاری به کسی که استحقاق دریافت وجه سند را دارد مورد رد قرار گیرد ضامن و ظهرنویس بری خواهند شد.

در کامن‌لا نیز امتناع از انجام تعهد در صورتی که نقض قرارداد تلقی شود، به طرف دیگر اختیار خاتمه قرارداد و بری شدن از مسئولیت را می‌دهد. البته کامن‌لا برای هر نقضی حق خاتمه قرارداد قائل نیست. نقض در صورتی موجب خاتمه قرارداد می‌شود که رد قرارداد تلقی شود یا نقض شروط اساسی و شروط میانی باشد که موجب زیان عمده شود. (Seddon, 2017: 1103). برخی کشورهای پیرو نظام کامن‌لا نیز همچون هند با صراحت و وضوح بهتری به این موضوع اشاره کرده‌اند چنان که در ماده ۱۸ قانون قراردادهای هند مصوب ۱۸۷۲ مقرر شده است که در صورتی که متعهد برای اجرا اعلام آمادگی کند و متعهدله از قبول آن خودداری کند، متعهد دیگر برای عدم اجرا مسئولیتی ندارد. چنین پیشنهاد اجرایی باید غیرمشروط و در زمان و مکان مقرر باشد. اعلام آمادگی اجرای تعهد باید واقعی باشد و متعهد بتواند در زمان اعلام آمادگی آن را بپردازد. همچنین اعلام آمادگی اجرای قسمتی از تعهد یا پرداخت قسمتی از دین کفایت نمی‌کند (treitel, 2003: 754). این موضوع در حقوق ایران در ماده ۲۷۷ قانون مدنی نیز مورد تصریح قرار گرفته است. اثر رد این است که پس از آن تاریخ دیگر متعهدله حق مطالبه بهره یا دیگر خسارات مرتبط را نخواهد داشت (Beatson, 2010: 451).

برائت ذمه به صرف امتناع متعهدله هرچند متعهد را از مسئولیت‌های ناشی از عدم اجرا مانند خسارت عدم انجام تعهد بری می‌سازد اما برائت از اصل دین امری خلاف قاعده است و اصل بقای دین است مگر به طریق قانونی براءت حاصل شود. لذا ضمانت اجرای مذکور را باید از نوع ضمانت اجراهای متناسب تعهدات پولی حوزه تجارت و ناشی از الزامات ناشی از سرعت در تجارت دانست.

### ۳-۶. نگهداری یا امانت سپاری

در قانون مدنی ایران ماده‌ای در خصوص تکلیف به نگهداری از موضوع تعهد یا امانت‌سپاری نزد ثالث در جایی که طرف مقابل از دریافت آن امتناع یا تاخیر دارد مشاهده نمی‌شود. اگرچه موضوع «تسلیم به حاکم» که در ماده ۲۷۳ قانون مدنی آمده است نوعی امانت‌سپاری است و مال در ید حاکم نیز امانت محسوب می‌شود اما این امر از باب «ولایت» حاکم است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۹۶/۲) که اشکالات وارد بر آن نیز در بالا مورد اشاره قرار گرفت. به‌علاوه این امر متفاوت از امانت‌سپاری نزد سایر اشخاص است. با وجود این در برخی از قوانین می‌توان حکم به نگهداری یا امانت سپردن را مشاهده کرد. چنان‌که در ماده ۳۸۴ قانون تجارت در ارتباط با متصدی حمل و نقل پیش‌بینی شده است در صورتیکه مرسل‌الیه مال‌التجاره را نپذیرد، یا هزینه‌ها و دیگر مطالبات متصدی حمل و نقل را بابت مال‌التجاره تادیه نشود، یا اینکه به مرسل‌الیه دسترسی نباشد؛ متصدی حمل و نقل باید موضوع را به اطلاع ارسال‌کننده برساند و مال‌التجاره را به طور موقت نزد خود نگه دارد یا نزد ثالثی امانت گذارد.

کنوانسیون بیع کالا در ماده ۸۵ مقرر داشته است که چنان‌چه مشتری در قبض کالا تاخیر داشته باشد یا در جایی که تادیه ثمن و تحویل کالا باید به طور هم‌زمان انجام شود، مشتری در پرداخت ثمن کوتاهی کند و کالا در ید فروشنده باشد یا وی به نحو دیگری بر کالا استیلا داشته باشد، فروشنده مکلف است، با توجه به اوضاع و احوال، برای حفاظت از کالا اقدامات متعارفی به عمل آورد. تا زمانی که خریدار هزینه‌های متعارف صورت گرفته را پرداخت ننماید، فروشنده می‌تواند کالا را حبس نماید. (شعاریان، ۱۳۹۵: ۱۰۰۳). مطابق ماده ۸۷ این کنوانسیون فروشنده این اختیار را دارد که هزینه‌های نگهداری را خود عهده‌دار باشد یا اینکه به هزینه خریدار نگهداری از آن را به انبار شخص ثالثی واگذار نماید. همچنین ضرورتی ندارد انبار، یک انبار عمومی باشد بلکه منظور هر مکان مناسب برای نگهداری کالا است. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۵: ۱۹۰/۳). باید توجه داشت که نگهداری یا امانت گذاشتن مال یک ضمانت اجرای موقت است و نمی‌تواند چاره‌نهایی باشد زیرا مال برای مدت زیادی نمی‌تواند مورد حفاظت قرارگیرد یا در وضعیت امانت باقی بماند. لذا اقدام قابل انجام دیگر در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳-۷. فروش

ضمانت اجرای دیگری که در برابر امتناع متعهدله یا طرف قرارداد قابل تصور می‌باشد، این است که اگر این امتناع ادامه یابد طرف دیگر بتواند کالا را به فروش رساند زیرا نگهداری یا امانت گذاشتن نمی‌تواند برای مدت طولانی ادامه یابد. لازم به ذکر است که برخی نویسندگان برای این ضمانت اجرا از اصطلاح

«بازفروش» استفاده کرده‌اند و برخی نیز اصطلاح «فروش خودیاری» را به کار برده‌اند (فارسانی، ۱۳۹۹: ۱۱۱؛ موسوی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۳۵). اما کاربرد اصطلاح بازفروش تنها بر بیع مصداق پیدا می‌کند و در این نوشتار موضوع فراتر از عقد بیع است. برای مثال فروش مال‌التجاره توسط متصدی حمل و نقل یا حق‌العمل‌کار نمی‌تواند عنوان «بازفروش» داشته باشد. اصطلاح «فروش خودیاری» نیز چندان گویا و وافی به مقصود به نظر نمی‌رسد بنابراین واژه «فروش» به نحو اطلاق مناسب‌تر به نظر می‌رسد. چنین راهکاری در کنوانسیون بیع کالا و همچنین برخی از مقررات داخلی پیش‌بینی شده است که در زیر به آن پرداخته می‌شود.

در قانون تجارت ایران در ماده ۳۸۴ پس از آنکه مقرر شده است که چنان‌چه مرسل‌الیه مال‌التجاره را از متصدی حمل و نقل قبول نکند یا سایر هزینه‌های متصدی حمل و نقل را نپردازد یا اساساً به مرسل‌الیه دسترسی نباشد، باید مال را به طور امانت نزد خود نگهدارد یا نزد شخص ثالثی امانت قرار دهد. هرگاه ارسال‌کننده یا گیرنده در مدت مناسبی تکلیف مال‌التجاره را تعیین ننمایند، متصدی حمل و نقل می‌تواند مطابق ماده ۳۶۲ قانون تجارت آن را به فروش رساند. ماده ۳۶۲ قانون تجارت مقرر داشته است که فروش آن باید با اطلاع مدعی‌العموم باشد.

مورد دیگری که فروش به عنوان ضمانت اجرای مناسب مقرر شده است در بحث حق‌العمل‌کاری است که آمر از اجازه فروش مالی که برای فروش نزد حق‌العمل‌کار ارسال کرده رجوع می‌کند و با وجود این مال را بیش از حد متعارف نزد او باقی می‌گذارد. در این صورت حق‌العمل‌کار باید اخطاری رسمی به آمر ارسال کند و او را از موضوع مطلع سازد و سپس با نظارت مدعی‌العموم محل مال را به فروش رساند. مطابق ماده ۳۷۲ قانون تجارت ارسال اخطار مبنی بر تعیین تکلیف و آگاهی دادن آمر به قصد فروش لازم است مگر اینکه کالا سریع‌الفساد باشد.

در کنوانسیون بیع کالا نیز دو فرض «اختیار» فروش و «تکلیف» به فروش پیش‌بینی شده است. مطابق بند ۱ ماده ۸۸ این کنوانسیون؛ در جایی که طرف ملزم به مراقبت از کالا است در صورتی که طرف مقابل از تحویل گرفتن کالا یا استرداد آن یا پرداخت ثمن یا هزینه‌های مراقبت تأخیر نامعقولی داشته باشد، طرف دیگر مجاز است کالا را به فروش رساند مشروط بر اینکه قبلاً با اخطاری معقول او را از این قصد خود آگاه کرده باشد. همچنین در فرض دیگری پیش‌بینی شده است که طرف قرارداد «تکلیف» دارد نسبت به فروش کالا اقدام نماید و آن در حالتی است که کالا در معرض «فساد سریع» باشد یا اینکه نگهداری از آن مستلزم «هزینه نامعقول» باشد. در این حالت نیز تا حد امکان ارسال اخطار و طرف مقابل باید انجام شود. (شعاریان، ۱۳۹۵: ۱۰۲۲؛ صفایی، کاظمی، عادل، ۱۳۹۵: ۳۱۹)

در قانون مدنی امکان فروش پیش‌بینی نشده است. در فقه امامیه نیز این موضوع به صراحت مورد بحث فقها قرار نگرفته است اما از کلیات و قواعد فقهی که مستند دیگر احکام قرار گرفته است در این خصوص نیز می‌توان حکم لازم را استنباط کرد. از جمله مستندات آن می‌توان به قاعده لاضرر، قاعده مقابله با خسارت و بنای عقلا استناد کرد. چنان‌چه برخی فقها مبنای خیارات و از جمله خیار تاخیر ثمن را قاعده لاضرر دانسته‌اند که به موجب آن فروشنده متضرر می‌تواند عقد را فسخ کند (نجفی، ۱۴۰۶: ۲۱۸/۲۷). بنابراین مبنای فروش می‌تواند فسخ قرارداد باشد یا اینکه بخواهد قرارداد را اجرا و ثمن را مطالبه کند (صفایی، کاظمی، عادل، ۱۳۹۵: ۳۲۰).

### ۳-۸. فسخ

در حقوق ایران حق فسخ به عنوان یک ضمانت اجرای ابتدایی مورد تصریح قانون‌گذار قرار نگرفته است. بیشتر نویسندگان حقوقی نیز معتقدند که قانون‌گذار فسخ ابتدایی را به عنوان ضمانت اجرای عدم انجام تعهد نپذیرفته است و ضمانت اجرای اصلی نقض تعهد الزام به انجام تعهد است. (شهیدی، ۱۳۸۹: ۱۱۷/۳ - کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۶۴/۳). استناد آنها نیز اصل لزوم قراردادهای و ملاک ماده ۲۳۹ قانون مدنی است. این موضوع مورد انتقاد برخی دیگر از نویسندگان قرار گرفته است (نک: صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۲۹۷؛ شیروی، ۱۳۷۷: ۶۲). همچنین همان‌طور که برخی از نویسندگان اشاره کرده‌اند ماده ۲۲۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد در صورت تخلف متعهد، وی مسئول جبران خسارت است و جبران خسارت نیز در حقوق ما بدل از انجام اصل تعهد است و مطالبه خسارت نیز در صورتی ممکن است که قرارداد به سببی از اسباب از جمله فسخ از بین رفته باشد و بنابراین ماده ۲۲۱ به دلالت التزامی حکایت از حق فسخ دارد. (دارویی، ۱۳۹۳: ۱۳۴). در مقررات مختلف قانون مدنی نیز نمونه‌هایی از موارد فسخ ابتدایی می‌توان مشاهده کرد که عبارتند از: خیار تاخیر ثمن مقرر در ماده ۳۹۵ قانون مدنی، خیار تفلیس مقرر در ماده ۳۸۰ قانون مدنی.

در فقه نیز با اینکه بیشتر فقها الزام به انجام عین تعهد را مقدم می‌دانند (حلی، ۱۴۱۳: ۵، ۲۹۱: اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۸۴)، برخی نیز در صورت امتناع متعهد قائل به فسخ ابتدایی هستند (سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۵/۲ و ۵۲). امام خمینی (ره) نیز از خیاری به نام «خیار امتناع» نام می‌برد که در صورت خودداری یکی از طرفین برای طرف دیگر ایجاد می‌شود. (خمینی، ۱۴۲۱: ۵۶۳/۵). در حقوق مصر نیز در ماده ۱۵۷ قانون مدنی آن کشور آمده است: «در عقودی که برای طرفین ایجاد التزام می‌کند، اگر یکی از طرفین تعهدش را به جا نیاورد، طرف دیگر پس از ابلاغ می‌تواند اجرای قرارداد یا فسخ آن با خسارت را درخواست کند. در صورتی که اوضاع و احوال اقتضا کند قاضی می‌تواند به متعهد مهلت اضافی دهد. قاضی همچنین می‌تواند در فرضی

که بخشی از قرارداد که توسط متعهد اجرا نشده است نسبت به تمام تعهد اهمیت چندانی نداشته باشد، درخواست فسخ را نپذیرد» (نوری، ۱۳۹۲: ۴۶).

در فرانسه نیز مطابق ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی آن کشور چنانچه یکی از طرفین تعهدات خود را به جا نیاورد، در عقود معوض حق فسخ یک حق مفروض است. در این حالت طرف دیگر اختیار دارد که الزام او به انجام تعهد را بخواهد یا قرارداد را فسخ و مطالبه خسارت کند. در فرانسه فسخ، یک عمل قضایی است که باید در دادگاه به عمل آید و ممکن است دادگاه با توجه به اوضاع و احوال به خواننده مهلتی اعطا نماید. (شیروی، ۱۳۷۷: ۵۲).

کنوانسیون بیع کالا نیز در ماده ۴۹ و در بند ۱ آن مقرر می‌دارد: «خریدار در موارد زیر می‌تواند فسخ قرارداد را اعلام نماید: الف) چنانچه عدم ایفای هر یک از تعهدات فروشنده مطابق قرارداد یا کنواسیون نقض اساسی قرارداد به شمار آید یا ب) در مورد عدم تسلیم، چنانچه فروشنده طی مهلت اضافی تعیین شده از ناحیه خریدار کالا را طبق بند ۱ ماده ۴۷ تسلیم ننماید یا اعلام نماید که طی مهلت مذکور تسلیم نخواهد کرد». بنابراین طبق این ماده حق فسخ زمانی ایجاد می‌شود که تقصیر فروشنده به نقض اساسی منجر شده باشد و دیگر اینکه با وجود فرصت اضافی داده شده در ماده ۴۷، فروشنده از تسلیم کالا خریداری کند. برای نفوذ چنین فسخی نیاز به مراجعه به دادگاه نیست و با ارسال اخطار مندرج در ماده ۲۶ چنین فسخی نافذ خواهد بود. (شعاریان، ۱۳۹۵: ۶۰۲).

از مجموع مطالب فوق چنین نتیجه گرفته می‌شود که نظام‌های حقوقی مختلف حق فسخ ابتدایی را، ولو با وجود شرایطی، پذیرفته‌اند که طرف متضرر بتواند خود را از قید تعهدات قراردادی رها سازد و از ضرر بیشتر خود جلوگیری کند. چنانکه صاحب جواهر پس از بیان نظر خود بر عدم امکان فسخ ابتدایی، در ادامه می‌افزاید هرگاه در عقد لازم یکی از طرفین اقدامی کند که با حقوق طرف دیگر منافات داشته باشد، آن طرف بنا به قاعده لاضرر و برای دفع ضرر از خود می‌تواند حق فسخ داشته باشد. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷، ۸۰).

### ۳-۹. مطالبه خسارت

ضرورت جبران ضرر وارده، یک اصل عام و جهانی است که در نظام‌های حقوقی مختلف مورد پذیرش قرار گرفته است. در قانون مدنی در خصوص خسارت قراردادی مواد اندکی از ماده ۲۲۶ تا ۲۳۰ به این بحث اختصاص پیدا کرده است. ماده ۲۲۶ با اجمال شرایط مطالبه خسارت را بیان کرده است. موارد ۲۲۷ و ۲۲۹ به تاثیر عامل خارجی در جبران خسارت می‌پردازد. ماده ۲۲۸ به بحث خسارت تاخیر تادیه و ماده ۲۳۰ به موضوع وجه التزام به عنوان یکی از خسارت معینه پرداخته است. در کامن‌لا انواع مختلفی از

جبران خسارت‌ها مانند خسارت مورد انتظار<sup>۱</sup>، خسارت اتکایی<sup>۲</sup>، خسارت غیرمادی یا معنوی<sup>۳</sup>، خسارت استرداد<sup>۴</sup>، خسارت اسمی<sup>۵</sup>، خسارت تنبیهی<sup>۶</sup> وجود دارد (Elliott, 2009: 330 ; Turner, 2007: 206) که همه انواع آن در حقوق ایران مورد شناسایی قرار نگرفته است. در ایران خسارت عدم النفع و خسارت معنوی از جمله خساراتی هستند که همچنان مورد بحث هستند و اگرچه اصل آن مورد پذیرش حقوق ایران قرار گرفته است اما قلمرو آن همچنان مورد بحث است (نک: محمدی و دیگران، پژمان؛ مرادپور شاد، امیر؛ مبین، حجت، ۱۳۹۷: ۶۵).

کنوانسیون بیع کالا در ماده ۷۴ خسارت عدم النفع را پذیرفته است. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در بند ۱ ماده ۲-۴-۷ آمده است «زیان‌دیده به دلیل متحمل شدن خسارات ناشی از عدم اجرا مستحق دریافت خسارت کامل است. این خسارات هرگونه زیان وارده و هرگونه نفعی که از آن محروم شده است را شامل می‌شود؛ آن هم با احتساب هرگونه نفع مکتسب از سوی زیان‌دیده که ناشی از اجتناب از هزینه یا صدمه باشد». این موضوع در ماده ۵۰۲: ۹ اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز پیش‌بینی شده است.

خسارت معنوی ناشی از نقض قرارداد در حقوق ایران کمتر مورد توجه قرار گرفته است و بیشتر در حوزه مسئولیت مدنی مورد بحث قرار گرفته است. (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰: ۸۷). برعکس در حقوق برخی از کشورها این موضوع مورد شناسایی قرار گرفته است. البته در کشورهای دارای نظام کامن لا پذیرش خسارت معنوی با دشواری مواجه بوده است اما با گذشت زمان تمایل به این جبران افزایش یافته است (Holmes, 2004: 687). به هر حال مدتهاست که این موضوع در کامن لا پذیرفته شده است چنان‌که در دعوی<sup>۷</sup> که یک عکاس به تعهد عکس‌برداری از مراسم ازدواج عمل نکرده بود محکوم به جبران خسارت معنوی شد (O'Byrne, 2005: 328). بنابراین هر جا که خسارتی وارد شود با فراهم بودن شرایط در جبران آن تردید نمی‌شود.

1. Expectation Damages
2. Reliance Interest
3. Non-Pecuniary
4. Restitution Interest
5. Nominal Damages
6. Exemplary/ Punitive Damages
7. Diesen v. Samson (1971)

## نتیجه‌گیری:

اشخاص بنا به نیازهای برآمده از زندگی اجتماعی با یکدیگر وارد روابط قراردادی می‌شوند، در حقیقت قرارداد، مخلوق اراده طرفین است که قانون بر آن آثار حقوقی بار نموده است. برآورده شدن مطلوب منافع اشخاص در گرو این است که تا پایان قرارداد با یکدیگر همکاری لازم را به عمل آورند که خود موجب شناسایی تعهد جدیدی به نام تعهد به همکاری در حوزه قراردادها شده است. با وجود این، همکاری با حسن‌نیت طرفین تنها یک کمال مطلوب است و در عمل و با وجود حسن‌نیت نیز ممکن است طرفین نتوانند تعهدات خود را به موقع و به درستی ایفا نمایند یا اینکه به عمد از ایفا تعهد خودداری نمایند. در این صورت این موضوع مطرح می‌شود که طرف مقابل در برابر امتناع متعهد از انجام تعهد به چه اقداماتی می‌تواند متوسل شود. در حقوق ایران «الزام به انجام تعهد»، «تسلیم موضوع تعهد به حاکم»، «فسخ» و «مطالبه خسارت» ضمانت اجرای معمول و شناخته شده هستند. از طرفی این ضمانت اجراها متناسب همه انواع تعهدات نیست و حسب نوع تعهد باید ضمانت اجرای مناسبی اعمال شود. از طرف دیگر این ضمانت اجراها کافی به نظر نمی‌رسد و در کنار موارد مذکور از ضمانت اجراهای دیگری می‌توان استفاده کرد که بعضاً در قوانین متفرقه حقوق ایران نیز پیش‌بینی شده است. «الزام به انجام تعهد» نه تنها امروزه در تقدم و مطلوبیت آن تردید وجود دارد، بلکه از جهت اعمال نیز بیشتر متناسب با تعهد «انتقال مالکیت اموال موجود» است. «تسلیم به حاکم» نیز که متفاوت از «تأدیه به حاکم» شناخته شد، در عمل مورد اجرا قرار نمی‌گیرد و دادگستری سازکاری برای قبول کالاها یا اموال ممتنع از قبول تعهد ندارد. به‌علاوه اعمال آن موجب تحمیل هزینه و بار سنگینی بر دستگاه قضایی می‌شود. همچنین اعمال این شیوه متناسب تعهدات وابسته نیست و در جایی که طرف دیگر بخواهد از حق حبس خود استفاده کند با مانع روبرو می‌شود. «فسخ» نیز به عنوان یک ضمانت اجرای ابتدایی و مقدم بر الزام به انجام تعهد مورد شناسایی قرار نگرفته است با وجود این در فقه و قانون مدنی مبانی و نمونه‌هایی برای آن می‌توان یافت. ضمانت اجرای «تأدیه به حاکم» را باید ضمانت اجرایی ناظر به تعهدات پولی و غیر از «تسلیم به حاکم» دانست و از آن دفاع کرد زیرا از مشکلات ناشی از تسلیم به حاکم به دور است. از طرف دیگر، «برائت خود به خودی ذمه» ضمانت اجرای دیگری است که در برخی قوانین ایران و دیگر کشورها پیش‌بینی شده است لیکن باید آن را خلاف اصل و ناظر به تعهدات خاص تجاری دانست. «جاننشینی مستقیم ممتنع» نیز در برخی موارد قابل اعمال است و در حقوق ایران رد پای آن را می‌توان مشاهده کرد و در برخی مقررات متحدالشکل بین‌المللی نیز دیده می‌شود. «نگهداری یا



امانت‌سپاری» و در نهایت «فروش» موضوع تعهد از ضمانت اجرای قابل ذکر دیگری است که می‌تواند قابل اعمال باشد و نمونه‌هایی از آن را در حقوق ایران نیز می‌تواند ملاحظه کرد. در پایان این نتیجه حاصل می‌شود که علاوه بر ضمانت اجرای معمول، ضمانت اجرای دیگری نیز در راستای هماهنگی با اقتضات تجارت و نیازهای جوامع بشری قابل شناسایی و توسعه می‌باشند.



## منابع و مأخذ:

## الف - منابع فارسی:

۱. اسکافی، ابن جنید، (۱۴۱۶)، مجموعه فتاوی ابن جنید، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۲. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، (۱۳۸۴)، حقوق مالکین آپارتمان‌ها، چ ۵، تهران: انتشارات دادگستر.
۳. بادینی، حسن؛ شاهی دامن جانی، احد، (۱۳۹۹)، «بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از منظر اقتصادی؛ مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و آمریکا»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۶.
۴. بروجری، آقا حسین طباطبایی، (۱۴۲۹)، منابع فقه شیعه، ترجمه؛ حسینیان قمی، مهدی، صبوری، تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۷)، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، چ ۱، تهران: بنیاد استاد.
۶. جمعی از نویسندگان، (۱۳۹۵)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه مهراب داراب‌پور، چ ۳، تهران: انتشارات گنج دانش.
۷. دارویی، عباسعلی، (۱۳۹۳)، «فسخ به جهت نقض قرارداد؛ فسخ ابتدایی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان: سال ۶ شماره ۱۰.
۸. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. شعاریان، ابراهیم؛ رحیمی، فرشاد، (۱۳۹۵)، حقوق بیع بین‌المللی؛ شرح کنواسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۱۰. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، آثار قراردادهای و تعهدات، چ ۱، تهران: انتشارات مجد.
۱۱. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۷۷)، فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد در حقوق ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم: سال ۱، شماره ۱.
۱۲. صادقی نشاط، امیر، (۱۳۸۸)، حق فسخ قرارداد با امکان به الزام در حقوق ایران، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۴.
۱۳. صفایی، سیدحسین؛ کاظمی، محمود؛ عادل، مرتضی؛ میرزائزاد، اکبر، (۱۳۹۵)، حقوق بیع بین‌المللی، چ ۶، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۱۴. فارسانی، فرشاده؛ اسکینی، ربیعا؛ کیائی، عبدالله، (۱۳۹۹)، «بازپژوهی ادله قرآنی و فقهی فروش خودیاری به عنوان یکی از ضمانت اجراهای نقض قرارداد خرید تجهیزات طبی- پزشکی»، فصلنامه علمی- پژوهشی قرآن و طب، دوره ۵ شماره ۱.

۱۵. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، (۱۳۹۰)، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چ ۹، تهران: انتشارات میزان.

۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.

۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، ج ۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی

۱۸. محمدی، پژمان؛ مرادپور شاد، امیر؛ مبین، حجت، (۱۳۹۷)، «تأثیر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بر امکان مطالبه خسارات معنوی و عدم نفع در نظام حقوقی ایران»، مجله پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی، دوره ۷، شماره ۲۴.

۱۹. موسوی، سیدمهدی؛ امیرمعزی، احمد؛ حسنی کارمزدی، احمد، (۱۳۹۷)، مطالعه تطبیقی فروش خودیاری، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال ۱۹ شماره ۱.

۲۰. نوری، محمدعلی، (۱۳۹۲)، قانون مدنی مصر، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش.

#### ب- منابع عربی:

۲۱. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، (۱۴۰۶)، حاشیه المکاسب، چ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۲۲. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، (۱۴۰۳)، بلغه الفقیه، تهران: منشورات مکتبه الصادق.

۲۳. بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۴. بهبهانی، محمد باقر، (۱۳۱۰)، رساله عملیه متاجر (با تعلیقات میرزای شیرازی)، چ ۱، تهران: چاپخانه حاج شیخ رضا تاجر تهرانی.

۲۵. حلّی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعۀ، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۶. حسینی سیستانی، سید علی، (۱۴۱۷)، منهج الصالحین، چ ۵، قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.

۲۷. خمینی، سیدروح‌الله موسوی، (۱۴۲۱)، کتاب البیع، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

۲۸. قطیفی، احمد بن صالح، (۱۴۲۲)، رسائل آل طوق القطیفی، ج ۱، بیروت، دارالمصطفی لإحياء التراث.
۲۹. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، (۱۴۲۲)، أنوار الفقاهة: كتاب القضاء، ج ۱، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۳۰. کمپانی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب مکاسب، ج ۱، قم: أنوار الهدی.
۳۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۲۲)، رسائل و مسائل، قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
۳۲. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۷، بیروت، دارإحياء التراث العربی.
۳۳. یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی، (۱۴۱۴)، تکملة العروة الوثقی، ج ۲، کتابفروشی داوری، قم: ایران، اول، ۱۴۱۴ هـ ق.

#### ج - منابع لاتین:

34. Beatson, sir Jack, Burrows Andrew, Cartwright John, (2010) , Anson's Law of Contract, Oxford University Press .
35. Elliott, Catherine; Quinn, Frances, (2009). Contract law, London, Pearson Education Limited.
36. Gillies , Peter, Moens , Gabriël , (2000) , Internatinal Trade and Business: Law, Policy and Ethics, Cavendish Publishing (Australia) Pty. Limited.
37. Holmes, Renee, (2004). Mental Distress Damades for Breach of Contract, Victoria University of Wellington.
38. O'Byrne, Shannon (2005), Damages for Mental Distress and Other Intangible Loss in a Commercial Context, Dalhousie Law Journal, University of Alberta, volume 28. Issue 2.
- 39- Seddon, N. C, Bigwood, R. A, (2017) , Cheshire and Fifoot law of contract, 11th ed, Sydney, LexisNexis Butterworth
- 40- Treitel, Guenter, (2003) , The Law of Contract, London, Sweet & Maxwell.
41. Turner, chris, (2007) , Contract Law, Hodder Education

## Development of the Remedies in dealing with an Obligor who Refuses to Perform his Obligation Abstract

Abdolazim khoroushi<sup>1</sup>  
Aliakbar Hokmabadi<sup>2</sup>

### Abstract

In contractual relationships, it is often seen that one party to the contract has fulfilled his obligations or is ready to fulfill them, while the other party has delayed performing his obligations or refuses to fulfill them. Therefore, the passage of time is in favor of one side and against the other. In contract law in dealing with a party refusing to perform an obligation, mention is always made of such remedies as “being compelled to perform the obligation,” “the delivery of the subject matter of the commitment to the court,” “termination” and “claim for damages”. However, considering economic variables and the need for a quick reaction against these developments as well as the slowness and length of judicial proceedings, the above-mentioned safeguards do not have the necessary condition for efficiency and coordination with the economic necessities.

Using the descriptive-analytical and library-document method, the present paper seeks to answer the question that in addition to the aforementioned remedies, what other legal institutions can be identified and applied that could be appropriate solutions considering the particular subject matter of commitment and the position of the parties.

The *findings of this study conclude that* such legal institutions as “direct substitution of a person who refuses to carry out his obligation”, “automatic discharge of obligation”, “maintenance or trust” and “sale” can be other remedies that can be applied depending on the obligations and positions of the parties.

**KeyWords:** *refusal of obligation, alternative solution, convention of sale of goods.*

1. Assistant Professor in Faculty of Law at Hakim Sabzevari University, Sabzevar, Iran. (Email: khoroushi@gmail.com)

2. Faculty member at Hakim Sabzevari University, Sabzevar, Iran. (Email: epapirus@yahoo.com)