

ضمانت اجرای تخلف پیمان کار ساختمان از اوصاف قرارداد در کامن لا و حقوق ایران

اسماعیل نعمت‌اللهی*

DOI: 10.22096/law.2023.2003787.2142

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۹]

چکیده

قراردادهای ساخت‌وساز در برخی موارد با نقض پیمان کار روبه‌رو می‌شود. نقض قرارداد توسط پیمان کار صورت‌های گوناگونی دارد، مانند عدم اجرای تعهد به ساخت‌وساز یا تأخیر در اجرای آن و نیز اجرای ناقص تعهد و عدم تکمیل ساختمان. اما صورت دیگری که در عمل متداول است، اجرای مغایر با اوصاف و مشخصات قرارداد است. در کامن لا، ضمانت اجرای این تخلف در ابتدا پرداخت خسارت است و برای ارزیابی آن از روش‌های متفاوتی مانند پرداخت هزینه اصلاح و پرداخت تفاوت قیمت استفاده می‌شود. در حقوق ایران، ضمانت اجرای نقض قرارداد الزام به اجرا است که شروع و شاخه‌هایی مانند تعمیر و تعویض دارد. سؤال این است که اگر الزام به اجرا مستلزم هدر رفتن منابع شود، آیا عدول از الزام به جبران خسارت امکان‌پذیر است؟ این تحقیق با استفاده از روش تحلیلی و استقرایی، ابتدا روش‌های ارزیابی خسارت مربوط به اجرای غیرمطابق توسط پیمان کار در کامن لا و سپس ضمانت اجرای این تخلف در حقوق ایران را بررسی می‌کند و می‌کوشد که امکان پرداخت خسارت، به جای الزام به اجرا را در برخی موارد تقویت کند و معیاری برای جبران خسارت به دست دهد.

واژگان کلیدی: قرارداد ساخت‌وساز؛ کارفرما؛ پیمان کار؛ نقض قرارداد؛ ارزیابی خسارت.

* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.



مقدمه

۱. اولین ضمانت اجرای نقض قرارداد در نظام کامن‌لا پرداخت خسارت^۱ است. یکی از مهم‌ترین مسائلی که پس از تحقق شرایط مسئولیت مطرح می‌شود، ارزیابی یا تعیین مقدار خسارت^۲ است که برمبنای خسارت انتظار، خسارت اعتماد یا خسارت استرداد صورت می‌گیرد. معیار اصلی برای ارزیابی خسارت، خسارت انتظار است که براساس آن، متعهدله باید در وضعیتی قرار داده شود که گویا قرارداد اجرا شده است. برای ارزیابی خسارت انتظار، دو مبنای متفاوت وجود دارد: «تفاوت قیمت»^۳ و «هزینه اصلاح»^۴. این تمایز را دعوای آمریکایی پی‌وی هاوس^۵ به روشنی توضیح می‌دهد: یک شرکت زغال‌سنگ یک زمین کشاورزی را برای استخراج زغال‌سنگ اجاره کرد و متعهد شد که پس از پایان مدت اجاره، زمین را تسطیح کند و به حالت قبل برگرداند. شرکت از اجرای این تعهد خودداری کرد. هزینه تسطیح ۲۹ هزار دلار بود، اما تفاوت قیمت زمین در حالت قبل و بعد از تسطیح ۳۰۰ دلار بود. دادگاه خسارت را براساس معیار اخیر، یعنی تفاوت قیمت ارزیابی کرد.^۶

با این‌که در کامن‌لا قاعده کلی درمورد نقض قرارداد، پرداخت خسارت انتظار است و شیوه ارزیابی آن به صورتی است که در بالا گفته شد، به‌کارگیری این قاعده درمورد قراردادهای مختلف یکسان نیست و در عمل تفاوت‌هایی بین انواع قرارداد وجود دارد. چنان‌که گفته شد، دو شیوه مهم برای ارزیابی خسارت انتظار وجود دارد: تفاوت قیمت و هزینه اصلاح. به‌کارگیری این دو شیوه به نوع قرارداد وابسته است. می‌توان گفت که شیوه اصلی در قراردادهای بیع، تفاوت قیمت^۷ و در قراردادهای ساخت‌وساز، هزینه اصلاح^۸ است. یکی از قراردادهای پرکاربرد که نقض آن نیز بسیار متداول است قراردادهای ساخت‌وساز است. نقض ممکن است توسط پیمان‌کار یا کارفرما صورت گیرد. به‌طور معمول، مهم‌ترین

1. Damage.

2. Quantifying/measuring/assessing.

3. Difference in value.

4. Cost of cure.

5. Peevyhouse v. Garland Coal and Mining Co.

6. Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 11th edition (London: Sweet & Maxwell, 2003), 944;

اسماعیل نعمت‌اللهی، «بررسی خسارت انتظار ناشی از نقض قرارداد در کامن‌لا و حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب ۳، شماره ۳ (۱۳۹۵): ۱۴۱.

7. Jennifer Corrin Care, *Contract Law in the South Pacific*, 1st edition (London: Cavendish Publishing Limited, 2001), 281-282.

8. Corrin Care, *Contract Law in the South Pacific*, 383.

تعهد کارفرما پرداخت دستمزد در قالب وجه نقد است. نقض این تعهد، به الزام وی به پرداخت مبلغ مورد توافق^۹ و گاه به خسارت تأخیر تأدیه منجر می‌شود و در کامن‌لا در قالب بهره^{۱۰} ظاهر می‌شود. اما نقض تعهد توسط پیمان‌کار، علاوه بر این که صورت‌های گوناگونی مانند تأخیر در اجرای تعهد و اجرای تعهد به صورتی متفاوت با قرارداد دارد،^{۱۱} ارزیابی خسارت کارفرما در این موارد مشکلات خاصی دارد و توجه ویژه‌ای را طلب می‌کند. مسئله اصلی این تحقیق آن است که در نظام کامن‌لا، ارزیابی خسارت کارفرما در صورت نقض تعهد توسط پیمان‌کار به چه شیوه یا شیوه‌هایی انجام می‌شود و آیا این شیوه‌ها در حقوق ایران نیز قابل اعمال است یا نه.

۲. پیشینه تحقیق: موضوع این نوشته در آثار حقوق دانان کامن‌لایی به صورت مفصل بررسی شده و در مباحث آینده به بخشی از این آثار توجه می‌شود. در حقوق کشورمان، تا آنجا که ملاحظه شد، بحث مستقلی در این مورد دیده نمی‌شود. ترجمه‌ای فارسی از کتاب «قراردادهای ساختمانی»^{۱۲} صورت گرفته است که در این مقاله به نسخه انگلیسی آن^{۱۳} مراجعه شد. این کتاب برای شناخت موضع کامن‌لا درباره قراردادهای ساخت و ساز تا حدودی سودمند است و خصوصاً حاوی مطالبی در مورد خسارات تعیین شده توسط طرفین^{۱۴} است،^{۱۵} اما درباره انواع خسارت مورد بحث در این تحقیق، مطلب قابل توجهی در کتاب مذکور ملاحظه نشد.

۳. در مورد قلمرو این تحقیق چند نکته را باید متذکر شد. اول: ازلحاظ بحث حاضر، فرض می‌شود که قرارداد پیمان‌کاری به صورت صحیح منعقد شده و از آن تخلف صورت گرفته است. دوم: چنان که گفته شد، نقض قرارداد صورت‌های مختلفی دارد. این نوشته صرفاً به بررسی اجرای غیرمطابق با اوصاف قرارداد می‌پردازد. عدم مطابقت نیز به نوبه خود صورت‌های گوناگونی دارد، مانند تغییر در نقشه یا مصالح یا مترائ ساختمان. اجرای غیرمطابق لزوماً با اجرای ناقص یا معیوب هم‌پوشانی ندارد؛ به این معنا که چه بسا ممکن

9. Action for an agreed sum.

10. Interest.

11. Roger Ter Haar, *Remedies in Construction Law*, 2nd edition (Routledge: Informa Law from, 2017), 93.

۱۲. جیمی هینزی. *قراردادهای ساختمانی*، ترجمه محمدتقی بانکی، چاپ ۳ (تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۹۴).

13. Jimmie Hinze, *Construction Contracts*, 3rd edition (New York: McGraw-Hill, 2011).

14. Liquidated damages.

15. Hinze, *Construction Contracts*, 223-225.

است کار مطابق با قرارداد نباشد، اما معیوب یا ناقص هم تلقی نشود.^{۱۶} به عنوان نمونه، اگر در قرارداد آمده باشد که لوله های آب و فاضلاب از برند خاصی باشند و پیمان کار از برندی مشابه استفاده کند که تمام اوصاف برند مورد قرارداد را داراست، چنین اجرایی را نمی توان معیوب دانست، اما غیر مطابق با قرارداد است. همچنین بدیهی است که موضوع بحث جایی است که تغییر در کارها و مصالح به دستور یا اذن کارفرما نباشد. سوم: ممکن است در قرارداد پیمان کاری، ضمانت اجرای تخلف از مفاد قرارداد و خسارت ناشی از نقض تعیین شده باشد. در مورد خسارت های تعیین شده^{۱۷}، معمولاً بحث اندازه گیری خسارت مطرح نمی شود و دادگاه نیز معمولاً در مقدار تعیین شده مداخله نمی کند.^{۱۸} خسارت تعیین شده نیز از قلمرو بحث حاضر خارج است.

در ادامه، به بررسی موضوع تحقیق در کامن لا و سپس در حقوق ایران پرداخته می شود و در انتها مقایسه و نتیجه مطالب ارائه می گردد.

۱. کامن لا

قاعده کلی در مورد نقض قراردادها این است که طرف زیان دیده را در وضعیتی قرار دهد که اگر قرارداد به درستی اجرا می شد، در آن وضعیت قرار می گرفت. به طور کلی، در نظام های کامن لایی، اولین شیوه ارزیابی خسارت ناشی از نقض قرارداد، پرداخت هزینه اصلاح است و در صورتی که این شیوه ممکن نباشد، شیوه های دیگر اعمال می شود. این مطلب در بسیاری از آثار حقوقی و آرای قضایی کشورهای کامن لایی بازتاب یافته است.^{۱۹}

در مورد قراردادهای ساختمانی نیز معیار معمولی خسارت، پرداخت هزینه اصلاح و تعمیر است.^{۲۰} اما در عمل، معیارهای دیگری نیز پذیرفته شده است. در شرایط فعلی، اگر پیمان کار

۱۶. در مورد رابطه نقض و عیب، رجوع کنید به: ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین، چاپ ۱۰، جلد ۱ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ۲۰۰-۲۰۲؛ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ ۳، جلد ۴ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، ۱۵۹-۱۶۱.

17. Liquidated damages.

۱۸. قانون مدنی، ماده ۲۳۰.

۱۹. برای نمونه، در مورد هنگ کنک: دعوی

New Era Group (China) Ltd v Studio M Interiors HK Ltd, [2021] HKCFI 3711, HCA 2963/2018 December 10, 2021.

20. Ter Haar, Remedies in Construction Law, 109; Chern Cyril, The Law of Construction Disputes. 3rd edition, ([n.p]: Informa Law from Routledge, 2020), 244.

کارهای ساختمانی را مطابق با قرارداد انجام ندهد، سه شیوه عمده برای ارزیابی خسارت وجود دارد: هزینه اصلاح کار به صورتی که با قرارداد مطابق شود؛ تفاوت بین قیمت ملک به صورت کنونی و صورتی که اگر مطابق با قرارداد ساخته می‌شد داشت؛ و از دست دادن مطلوبیت یعنی زیانی که کارفرما در مورد کارآمدی تأسیسات متحمل می‌شود. همچنین در برخی از دعاوی، به کاهش ارزش خود کار (و نه کاهش ارزش ملک) توجه شده‌است و علاوه بر آن، در برخی موارد، حکم به خسارت اسمی نیز ملاحظه می‌شود. دو شیوه اخیر را می‌توان شیوه‌های مستقلی محسوب کرد.

بنابراین، در ادامه، به بررسی پنج شیوه پرداخته می‌شود: پرداخت تفاوت قیمت، کاهش ارزش ملک، کاهش ارزش کار، از دست دادن مطلوبیت، و خسارت اسمی. اما قبل از آن باید متذکر شد که تعیین این که در هر مورد، کدام شیوه اعمال شود با دادگاه است. اگر نتیجه نقض این باشد که تعمیرات باید انجام شود، و خود کارفرما تعمیرات را انجام داده باشد، معمولاً هزینه اصلاح به وی اعطا می‌شود. اما اگر کارفرما تصمیم داشته باشد که ملک را همراه با عیوب آن بفروشد، تفاوت قیمت به وی داده می‌شود.^{۲۱}

۱-۱. هزینه اصلاح

دادگاه‌ها معمولاً هزینه اصلاح^{۲۲} را به عنوان معیار پیش فرض^{۲۳} و اولی خسارت تلقی می‌کنند. برای نمونه، در دعوی کوریلو،^{۲۴} شرکت نفتی شل ۱۲۰ آکر از زمین‌های خواهان را برای استخراج نفت و گاز اجاره کرد و تعهد کرد که پس از اتمام اجاره، زمین را تا آنجا که ممکن است به حالت قبل برگرداند. شرکت از اعاده زمین به وضع سابق خودداری کرد و هیئت منصفه در دعوی مالک علیه مستأجر، حکم به پرداخت ۳۳ میلیون دلار به عنوان هزینه اعاده کرد. در مرحله استیناف، مستأجر ادعا کرد که با توجه به این که ارزش زمین ۱۰۸ هزار دلار است، مبلغ ۳۳ میلیون دلار بسیار گزاف است. اما دادگاه عالی لوئیزیانا حکم هیئت منصفه را تأیید کرد و رأی داد که در مواردی از این دست، طرف ناقض، مسئول کل هزینه اجرای تعهد خود در مورد اعاده زمین به وضع سابق است. چنان که ملاحظه می‌شود، با این که وقایع این دعوا به دعوی پی‌وی هاوس که سابقاً آمد شباهت دارد، دادگاه رأی متفاوت با آن دعوا صادر کرد.

21. Ter Haar, *Remedies in Construction Law*, 97-98.

22. Cost of rectification/reinstatement/remedial works.

23. Default.

24. *Corbello v. Iowa Production*, 850 So. 2d 686, La, 2003.

موانع به‌کارگیری این شیوه: با این‌که اولین شیوه ارزیابی خسارت، پرداخت هزینه اصلاح است، به‌کارگیری این شیوه در عمل با مشکلات و موانعی روبه‌رو می‌شود و دادگاه را مجبور می‌کند که شیوه‌های دیگر را مدنظر قرار دهد. مهم‌ترین موانع به‌صورت زیر است.

۱-۱-۱. عدم تناسب هزینه اصلاح با نفع ناشی از آن

اگر اصلاح کار ضروری نباشد و انجام دادن آن برای پیمان‌کار نامتعارف باشد، دادگاه‌ها تمایلی به ارزیابی خسارت براساس این شیوه ندارند. دادگاه‌ها معمولاً به هزینه لازم برای اصلاح توجه می‌کنند و تصمیم می‌گیرند که آیا هزینه اصلاح با نفعی که از اصلاح عاید کارفرما می‌شود تناسب دارد یا نه. دادگاه برای انجام دادن این کار، عوامل متعددی مانند ماهیت و مقدار عدم مطابقت، تأثیر آن بر قیمت بازاری ملک، و متعارف بودن هدف از اصلاح را بررسی می‌کند. اگر با توجه به این عوامل، هزینه اصلاح تناسبی با نفع ناشی از آن نداشته باشد، دادگاه سایر معیارهای خسارت را بررسی می‌کند.

دلیل اصلی رأی دادگاه در دعوای راکسلی^{۲۵} عدم تناسب بود. در این دعوا، پیمان‌کار، استخر شنا را با عمقی چند اینچ کمتر از عمق تعیین‌شده در قرارداد ساخت. مجلس اعیان درخواست خسارت کارفرما بر مبنای هزینه اصلاح را پذیرفت. استدلال دادگاه این بود که تخریب استخر و بازسازی آن برای افزایش عمق آن به این مقدار کم کاملاً نامتناسب است. شواهد نشان می‌داد که استخر به صورتی که ساخته شده، همه نیازهای مالک (از جمله شیرجه زدن در استخر) را برآورده می‌کند و بنابراین نیازی به اصلاح نیست.

۱-۱-۲. ناممکن بودن اصلاح

در صورتی که اصلاح ناممکن باشد، معیار هزینه اصلاح قابل اعمال نیست. این مورد در جایی اتفاق می‌افتد که پیمان‌کار نمی‌تواند ساختمان را مطابق با نقشه بسازد و لذا از اوصاف قراردادی منحرف می‌شود. در دعوای لیوینگ استون،^{۲۶} خوانده بدون اذن خواهان و پرداخت حق امتیاز^{۲۷} به وی، از طبقات زیرین زمین وی زغال‌سنگ استخراج کرده و فروخته بود. جایگزین کردن زغال‌سنگ یا تقویت لایه‌های زیرین برای محکم کردن لایه‌های رویین زمین

25. Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsyth, 1996, AC 344.

26. Livingstone v. Rawyards Coal Co (1879-80) LR App Cas 25.

27. Royalty.

ناممکن بود. از این رو، محاسبه هزینه اصلاح به عنوان معیار خسارت امکان نداشت و دادگاه خسارت را با توجه به مقدار حق امتیازی که برای زغال سنگ قابل پرداخت بود اعطا کرد.

۲-۱. تفاوت قیمت

مبنای دیگر برای ارزیابی خسارت، پرداخت تفاوت قیمت است. نمونه این مورد دعوی آمریکایی بی‌وی هاوز است که وقایع آن سابقاً گذشت. مبنای رأی دادگاه در این دعوا، «نفع مالی نسبی»^{۲۸} بود. دادگاه در رأی خود مطلبی را از نظریه دادگاه استیناف نیویورک در دعوی یاکوب^{۲۹} نقل کرد: «مالک مستحق پولی است که وی را قادر به تکمیل [کار] می‌کند، مگر آن که هزینه تکمیل، به شدت و به نحوی غیرمنصفانه، تناسبی با نفع ناشی از آن نداشته باشد. اگر این نکته صادق باشد، مقدار خسارت تفاوت ارزش خواهد بود.»^{۳۰}

قاعده تفاوت قیمت در جایی اعمال می‌شود که اجرای مغایر با قرارداد کم‌اهمیت و بدون سوء نیت باشد. در این صورت، معیار ارزیابی خسارت عبارت است از کاهش ارزش ساختمان، نه هزینه تخریب و بازسازی آن. اما در صورتی که زیان به قدری اساسی باشد که موجب شود ساختمان کامل شده غیرقابل استفاده و ناامن شود، قاعده تفاوت قیمت اعمال نمی‌شود و معیار مناسب برای ارزیابی خسارت، ارزش بازاری تکمیل کار یا اصلاح اجرا خواهد بود.^{۳۱}

به طور معمول، هرگاه از «تفاوت قیمت» سخن گفته می‌شود، مقصود از آن عبارت است از تفاوت بین ارزش ساختمانی که غیرمطابق با قرارداد ساخته شده و ارزش ساختمان در صورتی که مطابق با نقشه و اوصاف قراردادی ساخته می‌شد، و به تعبیر دیگر، تفاوت در اعیان. اما ملاحظه آرای دادگاه‌ها نشان می‌دهد که تفاوت قیمت در دو معنای دیگر نیز مورد توجه بوده است:

اول، تفاوت ارزش زمین با وجود ساختمان به صورتی که غیرمطابق با قرارداد ساخته شده و ارزش زمین در صورتی که ساختمان مطابق با قرارداد در آن ساخته می‌شد و به تعبیر دیگر،

28. Relative economic benefit.

29. Jacob and Youngs, Inc. v. Kent (129 N.E. 889 (N.Y. 1921).

30. Richard S. Wirtz, "Cost of Performance or Difference in Value," 59 Case W. Rsr. L. Rev. 61 (2008): 62-63.

31. "Difference in Value Rule," Google, last modified december 2, 2023,

<https://www.quimbee.com/keyterms/difference-in-value-rule/>.

تفاوت در قیمت عرصه.^{۳۲}

دوم، معنای دیگر که می‌توان از آن به تفاوت در قیمت مصالح تعبیر کرد عبارت است از ارزیابی خسارت با توجه به هزینه‌ای که پیمان‌کار به دلیل انحراف از اوصاف قراردادی صرفه‌جویی کرده است. به عنوان مثال، اگر پیمان‌کار مصالح ارزان‌تری از آنچه در قرارداد تعیین شده استفاده کرده باشد، مالک می‌تواند خسارت را بر مبنای تفاوت بین این دو هزینه مطالبه کند. در دعوای یاکوب که در بالا آمد، کارفرما از لوله‌هایی با برندی متفاوت از آنچه در قرارداد آمده بود استفاده کرد. هنگامی که مالک وارد ساختمان شد، دریافت که از لوله‌ تعیین شده در قرارداد استفاده نشده است و درخواست کرد که لوله‌های به کار رفته در زیر دیوارها، با لوله‌های تعیین شده در قرارداد تعویض شوند. پیمان‌کار از این اقدام خودداری کرد، چراکه مستلزم تخریب بخش عمده‌ای از ساختمان بود و این کار هزینه زیادی داشت. در پاسخ، مالک از پرداخت باقی‌مانده دستمزد پیمان‌کار امتناع کرد و پیمان‌کار اقامه دعوا کرد. دادگاه رأی داد که معیار حکم در این اوضاع و احوال، هزینه تعویض نیست، بلکه تفاوت قیمت است و تفاوت قیمت در این مورد صفر یا ناچیز است.^{۳۳}

۱-۳. کاهش ارزش کار

در برخی از دعوای، دادگاه به کاهش قیمت کاری که انجام شده توجه کرد، نه به کاهش ارزش ملک. در دعوای جی.وی. اتکینز،^{۳۴} دادگاه ارزیابی خسارت راجع به خود عمل، یعنی کاشی‌کاری معیوب را در نظر گرفت و کار آن قدر معیوب نبود که تعویض کاشی‌ها را توجیه کند. قاضی دیوید کرینس^{۳۵} اظهار داشت: «کاهش ارزش کار به عنوان معیار در نظر گرفته می‌شود، نه کاهش ارزش ملک. در بسیاری از موارد، کاهش ارزش کار با کاهش ارزش ملک یکسان است. در مواردی که [۱] کار معیوب در مقایسه با ارزش کل خانه ناچیز است، [۲] فروش خانه مورد نظر نیست، [۳] بازسازی نامتعارف است، و [۴] خسارت وارده بر ارزش مطلوبیت تأثیر منفی داشته است، کاهش ارزش کار مناسب‌تر است.»

32. Joseph M. Perillo, *Corbin on Contracts*, Volume 11 (New Jersey: Matthew Bender & Company Inc., 2017), § 60.2.

33. Markus Rotterdam, "The proper Measure of Damages for Contractor's Breach of Contract," *Construction Law Letter* 31, no. 3 ([n.d]): 10.

34. G.W. Atkins (Ilkeston) Limited v. Kenneth N. Scott [1980] 7 Const LJ 215.

35. David Cairns.

دادگاه استیناف در دعوی فوق‌الذکر، رأی دادگاه بدوی در مورد ارزیابی خسارت بر مبنای کاهش ارزش کاشی‌کاری و نه ارزش خانه را تأیید کرد. دادگاه حکم کرد که مناسب است چنین ارزیابی‌ای با توجه به کیفیت پایین کار و مصالح صورت گیرد، نه تفاوت قیمت با فروش کار تمام‌شده در نتیجه عیوب. در دعوی واتردنس^{۳۶} نیز دادگاه نظر داد که هزینه تعمیر شاهدهی بر کاهش ارزش است، صرف‌نظر از این‌که تعمیر انجام شود یا نه.

۱-۴. از دست دادن مطلوبیت

«از دست دادن مطلوبیت»^{۳۷} اصطلاحی است که مجلس اعیان انگلستان در دعوی راکسلی (که در بالا آمد) به کار بُرد. مجلس اعیان در این دعوا رأی داد که اگر برای محاسبه خسارت، به کارگیری معیار هزینه اصلاح مناسب نباشد، خسارت باید براساس تفاوت قیمت ارزیابی شود. اما از آنجا که در دعوی راکسلی تفاوت قیمت وجود نداشت،^{۳۸} دادگاه رأی داد که در چنین مواردی که هدف از قرارداد لذت و خوشایندی است، خسارت باید براساس «از دست دادن مطلوبیت» اعطا شود. شیوه تعیین از دست دادن مطلوبیت روشن نیست و رأی دعوی راکسلی رهنمودهای واضحی را برای تعیین آن مقرر نکرد. در قراردادهای ساختمانی ممکن است از دست دادن مطلوبیت را با از دست دادن قابلیت درآمدزایی تعیین کرد. به‌عنوان نمونه، اگر کار غیرمطابق موجب شود که واحد صنعتی به سطح بازدهی تعیین‌شده در قرارداد نرسد، خسارت از دست دادن مطلوبیت ممکن است با توجه به کاهش درآمد در دوره عمر مفید تأسیسات محاسبه شود.

در مورد اغلب پروژه‌های ساختمانی تجاری، ارزیابی خسارت بر مبنای از دست دادن مطلوبیت، احتمالاً به نتیجه‌ای مشابه با کاهش قیمت منجر می‌شود. به تعبیر دیگر، کاهش قیمت سرمایه‌ای تأسیسات را احتمالاً باید با از دست دادن مطلوبیت تعیین کرد. برای نمونه، در مورد ساختن یک واحد صنعتی، کاهش ارزش تأسیسات با کاهش درآمد در دوره عمر مفید آن تعیین می‌شود.

36. Waterdance Ltd v. Kingston Marine Services Ltd [2014] EWHC 224 (TCC).

37. Loss of amenity.

۳۸. به این معنا که اختلاف چند اینچ در عمق استخر، تفاوتی در قیمت ایجاد نمی‌کرد.

۵-۱. خسارت اسمی

در صورتی که کار با اوصاف قراردادی مطابق نباشد و با این حال، ملک ساخته شده از لحاظ کارایی و ارزش، کمتر از ملک واجد اوصاف قراردادی نباشد، آیا باز هم مالک می‌تواند بر مطالبه هزینه تعمیر و بازسازی اصرار ورزد؟ این مسئله در یک دعوای کانادایی^{۳۹} مطرح شد. در این دعوا، خواهان توافق کرده بود که یک پارکینگ و ساختمان اداری را برای خواننده بسازد. ساختمان باید طبق مقررات وزارت شیلات و اقیانوس‌ها^{۴۰} که قرار بود ساختمان را اجاره کند ساخته می‌شد. ساختمان با هزینه ۴۹۷۱۹۷ دلار ساخته شد. بعد از ساخت معلوم شد که مساحت گاراژ ۶/۵ مترمربع کمتر از مساحت تعیین شده در قرارداد است. پیمانکار تصدیق کرد که بخشی از زیان، ناشی از تجاوز بنا (فونداسیون) به فضای کف ساختمان است. برای تطبیق ساختمان با اوصاف قراردادی، مبلغ ۵۴ هزار دلار لازم بود و مالک این مبلغ را مطالبه کرد. قاضی رسیدگی کننده حکم به پرداخت ۲ هزار دلار به عنوان خسارت اسمی کرد. استدلال دادگاه این بود که مالک از کمتر بودن مساحت زیرینی ندیده است، چراکه وزارت مذکور ساختمان را به صورتی که ساخته شده بود قبول کرده و اجاره‌بهای مورد توافق را پرداخته بود. از این گذشته، ادعای مالک در مورد این که کمتر بودن مساحت ممکن است موجب کاهش اجاره‌بها در آینده شود، به دلیل احتمالی بودن رد شد.

مالک از این رأی تجدیدنظرخواهی کرد. دادگاه استیناف چهارچوب کامن لایی حاکم بر این مسئله را بدین صورت خلاصه کرد: در صورتی که یک طرف در اثر نقض قرارداد متحمل زیان شود، باید از لحاظ مالی در وضعیتی قرار داده شود که گویا قرارداد اجرا شده است. طبق این قاعده، مالک مستحق ۵۴ هزار دلار برای اجرای تعمیرات، به منظور مطابقت با اوصاف قراردادی است. اما این قاعده مطلق نیست و در قراردادهای ساختمانی مبانی دیگری برای ارزیابی خسارت وجود دارد. یک مبنا تعیین کاهش قیمت کار است. برای نمونه، خسارت ممکن است با توجه به تفاوت بین قیمت بازاری ملک، بدون نقض و با نقض ارزیابی شود. اگر اختلاف قابل ملاحظه‌ای بین این دو قیمت نباشد، ممکن است خسارت اسمی پرداخت شود. اما معمولاً خسارت اسمی برای «از دست دادن مطلوبیت» در مواردی پرداخت می‌شود که سلیقه شخصی مالک رعایت نشده باشد.^{۴۱}

39. *Diotte v. Consolidated Dev. Co.*, 2014 CarswellNB 410 (Can. N.B.C.A.) (WL).

40. Department of Fisheries and Oceans.

41. Rotterdam, "The proper Measure of Damages," 10-12.

۲. حقوق ایران

در این بخش، ابتدا ضمانت اجرای عدم اجرای مطابق با اوصاف قرارداد، از لحاظ تحلیل حقوقی بررسی می‌شود و سپس آرای قضایی تحلیلی خواهد شد.

۱-۲. بررسی حقوقی

در مورد نقض قراردادهای ساختمانی، مقررات خاصی در قانون مدنی یافت نمی‌شود و در این زمینه باید به قواعد عمومی مقابله با نقض قرارداد و نیز در صورتی که قرارداد مشمول «شرایط عمومی پیمان» باشد، به این «شرایط» رجوع کرد. براساس قواعد عمومی، اولین ضمانت اجرای تخلف از مفاد قرارداد در حقوق کشورمان، الزام به اجرا براساس مفاد قرارداد است و تا زمانی که اجرای قرارداد ممکن باشد، نباید به شیوه‌های جبرانی دیگر از جمله پرداخت خسارت عدول کرد. مقررات متعددی از شرایط عمومی پیمان نیز تکالیف متعددی را برای پیمان‌کار برشمرده‌است، از جمله بند ج ماده ۳۲ (اصلاح مصالح و کارها)، بند الف ماده ۳۳ (رفع عیب و نقص)، بند د ماده ۳۳ (تعویض مصالح و کار معیوب)، ماده ۳۹ (رفع نقص)، ماده ۴۱ و ۴۲ (رفع عیب و نقص) و ماده ۴۸ (رفع عیب).^{۴۲}

بنابراین، در بحث حاضر نیز در صورت مغایرت بنای احداث شده با اوصاف قرارداد، طبق قاعده اولیه، ابتدا پیمان‌کار ملزم به رفع مغایرت می‌گردد. در صورت امتناع پیمان‌کار، رفع مغایرت با هزینه وی و توسط ثالث انجام می‌شود.^{۴۳} در عمل، ممکن است کارفرما به دستور دادگاه اقدام به رفع مغایرت کند و هزینه آن را از پیمان‌کار مطالبه یا از اجرت وی کسر کند.

در مواردی که رفع مغایرت و الزام به ایجاد وصف مطابق با قرارداد، مستلزم تخریب بنا و ایراد خسارت قابل توجهی به پیمان‌کار نیست، الزام به وصف، با مانع حقوقی و مصلحتی مواجه نیست؛ مانند آن که پیمان‌کار به جای درب‌های داخلی ساختمان، کمد و کابینت‌ها، شیرهای آب یا لوازم حرارتی و برودتی و دیگر لوازمی که در قرارداد تعیین شده و اصطلاحاً «روی کار» هستند، از لوازم و وسایل دیگری استفاده کند. برعکس، در برخی موارد، خصوصاً در مورد لوازم و مصالح «زیر کار» که تعویض یا اصلاح آن‌ها یا ایجاد وصف مطابق

۴۲. محمد صالح جابری، حقوق ساخت‌وساز، چاپ ۱ (تهران: مجد، ۱۳۹۶)؛ زیدالله صمدی قوشچی، تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران، چاپ ۲ (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۳)؛ نصرت‌الله قهرمانی و شهرزاد شمسا، دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان، چاپ ۱ (تهران: خرسندی، ۱۳۹۳)؛ ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان، چاپ ۴ (تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۷).

۴۳. قانون اجرای احکام مدنی، ماده ۴۶؛ قانون مدنی، ماده ۲۳۸.

مستلزم تخریب بخشی از بنا است، ادله مصلحتی مربوط به حفظ سرمایه مادی و نیروی کار، به عنوان مانعی برای تخریب خودنمایی می‌کند. وجود این مانع موجب می‌شود که اگر کارفرما در اثای کار متوجه مغایرت شود، بتواند از ادامه کار جلوگیری کند. اما اگر کارفرما پس از تکمیل کار متوجه عدم مطابقت شود، آیا حکم به پرداخت خسارت می‌تواند جایگزین حکم به تخریب و رفع مغایرت شود؟ بدیهی است که اگر طرفین بر گرفتن خسارت توافق نمایند یا به طریقی دیگر مسئله را خاتمه دهند، مشکل خاصی مطرح نمی‌شود؛ اشکال در این است که در بسیاری از موارد، اطراف قرارداد در مورد ضمانت اجرای نقض آن به توافق نمی‌رسند و از این رو، باید حکم اولی مسئله را جست‌وجو کرد.

اصل لزوم وفای به عقد به اندازه‌ای در حقوق ما ریشه دوانده که در بسیاری از موارد باید آن را بر مصلحت‌های دیگر ترجیح داد، از جمله جلوگیری از اتلاف مال و ضررهایی که متعهد در راستای الزام به اجرای تعهد متحمل می‌شود. به تعبیر دیگر، اتلاف مال به‌تهایی نمی‌تواند مانعی برای اجرای تعهد محسوب شود. برای اثبات این مدعا، شواهد زیادی را می‌توان ارائه کرد که لزوماً به بحث از مسئولیت قراردادی توجه ندارد. در زیر، برخی از این شواهد ذکر می‌شود.

۱- در روایت معروفی که مستند قاعده لاضرر است، پیامبر (ص) در نهایت به زیان‌دیده دستور می‌دهد که درخت خرما را از ریشه درآورد و پیش عامل ورود زیان بیندازد.^{۴۴}

۲- طبق ماده ۵۴۰ قانون مدنی، «هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت‌المثل ابقا نماید.» زراعتی که قبل از رسیدن چیده شود، منافی از جمله قابلیت استفاده به عنوان علوفه را دارد، اما به‌رحال، ازاله زراعت نرسیده به نوعی اتلاف آن است و قانون آن را مانعی برای الزام مستعیر به تخلیه زمین ندانسته است.

۳- از مفهوم صدر ماده ۵۰۴ قانون مدنی («هرگاه مستأجر به‌موجب عقد اجاره، مجاز در بنا یا غرس بوده، موجر نمی‌تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند»)، استفاده می‌شود که اگر مستأجر مجاز در بنا یا غرس نبوده، موجر می‌تواند وی را ملزم به تخریب بنا یا قلع درخت نماید. در اینجا نیز هرچند ممکن است تنه درخت قلع شده یا نخاله‌های بنای تخریب شده فوایدی داشته باشد، اما زیان مستأجر در نتیجه قلع و تخریب قابل مقایسه با این

۴۴. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل‌الشیعة، طباعة ۱، العدد ۲۵ (قم: مؤسسة آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ هـ. ق)، ۴۲۹.

فواید نیست و علی‌رغم این نکته، قانون قلع و تخریب را مجاز دانسته است.

۴- در بحث از تسلیم مبیع آمده است که فروشنده باید ملک فروخته شده را از اموال خود خالی کند. حال اگر تخلیه ملک از اموال فروشنده مستلزم تخریب بخشی از اموال خریدار باشد (مانند آن که مبیع خانه باشد و برای خارج کردن اموال فروشنده لازم باشد که درب خانه کنده شود یا دیوار آن تخریب گردد)، فروشنده می‌تواند به اذن خریدار اقدام به تخریب کند. بدیهی است که فروشنده باید زیان خریدار را برحسب مورد، با بازسازی آنچه خراب کرده یا پرداخت ارش جبران کند.^{۴۵} اما، چنان که ملاحظه می‌شود، لزوم تخریب مال به‌تتهایی مانعی برای اجرای تعهدات ناشی از قرارداد (درمورد اخیر، لزوم تخلیه ملک از اموال فروشنده) محسوب نمی‌شود.

البته، در صورت تقابل دو زیان، باید به‌طور معمول، جلوگیری از زیان مهم‌تر را ترجیح داد. از این رو، در مثال مذکور، اگر مبیع زمین زراعی باشد و فروشنده در آن زراعتی داشته باشد که هنوز وقت درو کردن آن نرسیده، مشتری باید تا رسیدن وقت درو صبر کند؛ چراکه الزام به درو کردن محصول، به زیان فروشنده است و زیان خریدار، درمورد از دست دادن منافع زمین، در مقداری از زمان، با دادن حق فسخ به وی جبران می‌شود (البته منوط به این که وی هنگام انعقاد قرارداد جاهل به وجود زرع بوده است؛ وگرنه حق فسخ هم ندارد).^{۴۶}

باین حال، امروزه موارد عملی در بحث اجرای غیرمطابق در کارهای ساختمانی، از این نمونه‌های ساده فراتر می‌رود؛ ضررهای متعهد صرفاً زیان به شخص وی محسوب نمی‌شود و موجب از بین رفتن منابع مادی و نیروی کار است؛ مانند آن که الزام پیمان‌کار به اصلاح اجرای غیرمطابق، مستلزم تخریب ساختمانی عظیم و چندین طبقه گردد. از این رو، قاضی و حقوق‌دان درمورد حکم به چنین اصلاحی به تردید می‌افتند.

به نظر می‌رسد برای یافتن حکم مسئله، باید اجرای غیرمطابق با قرارداد را برحسب هزینه‌ای که برای اصلاح آن لازم است و نیز تأثیر آن بر کارکرد ساختمان یا درجه خوشایندی مالک، به انواع گوناگونی تقسیم کرد:

۱- در صورتی که اجرای غیرمطابق بر کارکرد ملک مؤثر باشد و موجب شود که مالک نتواند از آن استفاده موردنظر را ببرد، الزام به اصلاح بنا قابل پذیرش به نظر می‌رسد؛ هرچند که

۴۵. شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، طباعة ۱، العدد ۶ (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه. ق)، ۲۶۶-۲۶۷.
۴۶. انصاری، کتاب المکاسب، ۲۶۶-۲۶۷.

مستلزم تخریب بنا و هدر رفتن هزینه‌ها گردد. همچنین است در صورتی که بنای احداث شده از مقاومت لازم در برابر حوادث برخوردار نباشد یا به دیگر دلایل فنی، تخریب آن ضروری باشد.

۲- ممکن است اجرای غیرمطابق تأثیری بر کارکرد بنا نداشته باشد و صرفاً بر میزان رضایت و خوشایندی مالک مؤثر باشد و نتواند آن را تأمین کند؛ مانند آن که رنگ کاشی به کاررفته در آشپزخانه یا سرویس بهداشتی با آنچه مالک تعیین کرده متفاوت باشد. در این صورت، الزام مالک به پذیرش اجرای غیرمطابق، پیامدهای نامطلوبی دارد که باید از آن خودداری کرد، از جمله این که موجب سهل‌انگاری پیمان‌کاران در اجرای تعهدات آتی خود می‌گردد. از این گذشته، چرا مالکی که به عنوان مثال از رنگ زرد نفرت دارد، ملزم شود که به دلیل تقصیر پیمان‌کار، شبانه‌روز این رنگ را در خانه خود تحمل کند و از خواسته قراردادی خود چشم‌پوشی نماید؟ قرارداد راهی مشروع برای رسیدن به سلیقه‌ها و خواسته‌های مشروع است و نباید این کارکرد از قرارداد سلب شود. درباره صورت مورد بحث، باید منافع یکی از طرفین قرارداد را بر دیگری ترجیح داد: منفعت مشروعی که مالک از راه قرارداد درصدد تحصیل آن بوده و منفعت مادی پیمان‌کاری که با تقصیر خود به تعهد عمل نکرده است. تنها شبهه‌ای که ممکن است با توجه به آن منفعت پیمان‌کار را ترجیح داد، هدر رفتن منابع است. اما با توجه به مصلحتی بالاتر، یعنی حفظ قرارداد و پای‌بندی اشخاص به تعهدات خود، می‌توان این شبهه را کنار گذاشت.

۳- در برخی موارد، اجرای غیرمطابق نه بر کارکرد ملک تأثیر دارد و نه بر میزان خوشایندی مالک، اما اجرای غیرمطابق به گونه‌ای است که اصلاح آن مستلزم تخریب تمام یا بخش قابل توجهی از ملک است؛ مانند آن که لوله‌هایی که در قرارداد برای آب و فاضلاب تعیین شده از نوع خاصی باشد و پیمان‌کار از نوع دیگری استفاده کند که از لحاظ جنس و خواص، تفاوتی با نوع مورد نظر در قرارداد نداشته باشد و الزام وی به رعایت مفاد قرارداد عرفاً نوعی بهانه‌جویی تلقی شود. در این صورت، اگر عدم رعایت مفاد قرارداد ناشی از تقصیر پیمان‌کار نباشد، نباید الزام وی به اصلاح را پذیرفت. حال اگر ارزش مصالح به کاررفته کمتر از ارزش مصالح مورد قرارداد باشد، می‌توان پیمان‌کار را ملزم کرد که مابه‌التفاوت دو قیمت را به عنوان خسارت پرداخت کند. در غیر این صورت، پرداخت خسارت ماهوی به دلیل عدم وجود موضوع برای آن، یعنی ورود زیان، منتفی است و خسارت اسمی نیز در حقوق کشور ما

جایگاهی ندارد.^{۴۷} اصول مربوط به نهی از اسراف و تبذیر طبق بند ۶ اصل ۴۲ ق.اساسی) و نیز ممنوعیت سوء استفاده از حق طبق اصل ۳۹ ق.اساسی می‌توانند به‌عنوان مؤیدی برای عدم حکم به الزام به اجرای عین تعهد مورد استناد قرار گیرند.

۲-۲. آرای قضایی

آرای قضایی مربوط به دعاوی ساختمانی که انتشار یافته و قابل دسترسی است،^{۴۸} می‌توانند به دو دسته تقسیم شوند: دعاوی مربوط به اختلاف بین اشخاص و شهرداری‌ها که حجم زیادی از دعاوی را تشکیل می‌دهند، و اندکی از دعاوی که مربوط به اختلاف بین کارگر و کارفرماست. در هر یک از این دو دسته، می‌توان تا حدی پاسخی را برای مسئله جواز یا منع تخریب بنا پیدا کرد. آرای دسته اول، هرچند مستقیماً به موضوع این نوشته مربوط نمی‌شود، اما از جهت شناسایی رویکرد کلی قضات کشورمان به مسئله تخریب بنا سودمند است.

۱- در دعاوی مربوط به اشخاص و شهرداری‌ها، حتی‌الامکان از حکم به تخریب خودداری می‌شود. به‌عنوان نمونه، از رأی شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری^{۴۹} استفاده می‌شود که حکم به تخریب بنای احدائی جنبه استثنایی دارد؛ چراکه «اصولاً تخریب بنای احدائی نیز نتیجه‌ای جز هدر دادن نیروی انسانی و مادی و مصالح به‌کاررفته ندارد». بااین حال، در همین نوع دعاوی نیز حکم به تخریب رایج است. برای نمونه، در یک رأی صادره از شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری^{۵۰} (که مورد تأیید شعبه سوم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری قرار گرفته^{۵۱}) آمده است: «اولاً مستفاد از تبصره‌های ۱ و ۲ و ۳ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، رأی تخریب در هر موردی، در صورتی جایز است که کارشناس تخریب آن را تجویز نماید و یا این که جریمه تعیین شده از سوی متخلف پرداخت نشود، ثانیاً تخریب و قلع بنا از ناحیه شهرداری، محصور و محدود به تخلف از اصول شهرسازی فنی و بهداشتی است.»

همچنین در رأی شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری (که مورد تأیید شعبه سوم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری قرار گرفته^{۵۲}) آمده است: «قطع نظر از این که بنای غیرمستحکم خطرناک و حادثه‌آفرین بوده و چنانچه از لحاظ فنی امکان تقویت و تحکیم آن نباشد، باید تخریب شود و

۴۷. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴: ۲۲۸.

۴۸. «سامانه ملی آرای قضایی»، آخرین دسترسی در ۱۱ مهر ۱۴۰۲، <https://ara.jri.ac.ir>

۴۹. شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۳۵۴، مورخ ۲۴ اسفند ۱۳۹۲.

۵۰. شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۱۷۲۸، مورخ ۱۱ شهریور ۱۳۹۲.

۵۱. شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۷۹۷، مورخ ۱۱ آبان ۱۳۹۳.

۵۲. شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۱۳۱۵، مورخ ۸ بهمن ۱۳۹۳.

شهرداری نیز ملزم است با اعمال نظارت عمیق و دقیق در جریان احداث، مانع ایجاد بنای غیرمستحکم شده که مسلماً جلوگیری از ایجاد آن، منطقی‌تر و مفیدتر برای مالک و شهرداری و جامعه است، از آنجایی که اولاً احراز تخلف عدم استحکام بنا، از نظر حجم و ارتفاع و مساحت، و از لحاظ محاسبه مقاومت مصالح به‌کاررفته و از دید فنی و احداث فونداسیون، ستون‌ها، پی‌ها ... مستلزم رجوع به اهل فن یعنی متخصص امور ساختمان است که می‌تواند کمیسیون را در تصمیم‌گیری یاری نماید، ثانیاً چنانچه نقصان راجع به عدم استحکام، از لحاظ فنی قابل رفع باشد، کمیسیون می‌تواند رأی به رفع نقص با تعیین مهلت مناسب صادر نماید.»

رأی دیگری از شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری^{۵۳} شاهد بهتری برای جواز و بلکه لزوم حکم به تخریب در برخی موارد و مصلحت آن ارائه می‌کند: «... ثانیاً مطابق صدر تبصره یک ماده صد [قانون شهرداری‌ها]، در صورتی که قلع بنای خلافی برای حفظ منافع عمومی و از لحاظ اصول شهرسازی، فنی، بهداشتی ضرورت داشته باشد، کمیسیون مذکور مکلف به صدور رأی به تخریب است... رابعاً صدور رأی به اخذ جریمه استثنایی بر اصل بوده و وقتی کمیسیون [کمیسیون ماده صد] مجاز است جریمه تعیین نماید که موجبات دیگر برای صدور رأی به تغییر و اصلاح و تخریب وجود نداشته باشد؛ و الاً کمیسیون نمی‌تواند رأی به پرداخت جریمه و ابقای تخلف صادر نماید. علاوه بر آن، امکان تعلیق و تخفیف و تشدید و تبرئه نیز از ناحیه کمیسیون ماده صد قانون شهرداری بابت تخلفات ساختمانی وجود نداشته و مطابق مقررات مندرج در ماده صد و تبصر ذیل آن، مالک می‌بایست در احداث بنا چند موضوع را رعایت نماید، مانند اصول شهرسازی، فنی و بهداشتی و همچنین احداث بنا مطابق نقشه ساخت و مشخصات مندرج در پروانه. بدیهی است عدم رعایت هر یک از موارد مذکور، تخلف محسوب و باید قلع و ازاله گردد و صدور هر رأی دیگری از ناحیه کمیسیون مغایر با حکم صریح قانون‌گذار بوده و نه تنها موجبی برای تشویق متخلف به تخلف در آتیه بوده، بلکه موجب تشویق دیگران نیز به تخلف از ضوابط و مقررات ساخت‌وساز می‌گردد.»

از این رأی استفاده می‌شود که حکم به جریمه نمی‌تواند جایگزین حکم به تخریب شود. این رأی در شعبه ۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری نقض گردیده است، اما مبنای مهم نقض

۵۳. شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۴۶۷۰، مورخ ۲۶ آذر ۱۳۹۳.

این است که حکم به تخریب طبقهٔ احدائی، موجب تضعیف طبقات زیرین می‌گردد.^{۵۴}

۲- در دعوی بین مالک و کارفرما، لزوم تخریب، مانعی برای الزام متعهد به ایفای تعهد به شمار نمی‌آید. شعبهٔ ۲۲۰ دادگاه حقوقی تهران دعوی خواهان درمورد خسارت راجع به «نواقص اجرایی و اشکالات مربوط به عدم تطبیق مصالح به کاررفته با قرارداد» را پذیرفته است.^{۵۵} شعبهٔ ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ضمن وارد دانستن تجدیدنظرخواهی و صدور رد دعوی نخستین، اعلام کرده است که «برابر مقررات، با فرض صحت مراتب، متعهد به ایفای تعهد ملزم می‌شود».^{۵۶} چنان‌که ملاحظه می‌شود، طبق برداشت دادگاه تجدیدنظر، در دعوی عدم اجرای مطابق، حکم به الزام متعهد به ایفای تعهد، بر حکم به پرداخت خسارت مقدم است.

بنابراین از هر دو دسته از دعاوی استفاده می‌شود که تخریب بنا مانعی اصولی برای عدم الزام متعهد به ایفای تعهد محسوب نمی‌شود.

۲-۳. معیار ارزیابی خسارت

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که در حقوق کشورمان حتی الامکان نباید از اصل لزوم وفای به عهد دست کشید. با این حال، اکنون این مسئله مطرح می‌شود که اگر دادگاه بخواهد به دلایلی (از جمله درخواست طرفین) به جای الزام به اصلاح، حکم به پرداخت خسارت دهد، خسارت باید با چه معیاری ارزیابی شود. البته هنگام ارزیابی خسارت مالک باید به این نکته توجه داشت که چون طبق فرض، ساختمان تخریب نمی‌شود، ارزش آن و ارزش کاری که بر آن صورت گرفته باید لحاظ شود. برای بررسی مقدار خسارت مناسب است به معیارهای پرداخت خسارت که در بحث از نظام‌هایی کامن لابی گذشت توجه شود.

۱- پرداخت خسارت اسمی: چنان‌که سابقاً گفته شد، این نوع خسارت در حقوق کشورمان شناخته شده نیست. پیش فرض خسارت اسمی این است که متعهدله خسارت ماهوی ندیده است، درحالی که شرط مهم مسئولیت قراردادی و پرداخت خسارت، ورود زیان به متعهدله است.^{۵۷}

۵۴. شعبهٔ ۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامهٔ شمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۰۹۵۵۸۰۱۷۶۴، مورخ ۲۴ آبان ۱۳۹۴.

۵۵. شعبهٔ ۲۲۰ دادگاه حقوقی تهران، دادنامهٔ شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۴۵۰۰۷۲۳، مورخ ۲۰ اسفند ۱۳۹۳.

۵۶. شعبهٔ ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامهٔ شمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۳۲۷، مورخ ۲۷ خرداد ۱۳۹۴.

۵۷. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴: ۲۲۷؛ مهدی شهیدی، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ ۲ (تهران: مجد، ۱۳۸۳)، ۶۷.

۲- پرداخت خسارت ماهوی: خسارت ماهوی را می‌توان با توجه به تفاوت قیمت و براساس یکی از این چهار معیار ارزیابی کرد:

۱. تفاوت بین ارزش کار پیمان‌کار (اجرت‌المثل کار) به صورتی که انجام شده و ارزش آن اگر مطابق با قرارداد انجام می‌شد، در جایی که عدم مطابقت به این صورت باشد که کار انجام شده توسط پیمان‌کار از کیفیت و دقت متعارف برخوردار نیست.

۲. تفاوت بین قیمت لوازم و مصالح به کاررفته در ساختمان و قیمت لوازم و مصالح موصوف در قرارداد، در جایی که عدم مطابقت به این صورت باشد که پیمان‌کار از لوازم و مصالح تعیین شده در قرارداد استفاده نکرده باشد.

۳. تفاوت بین قیمت ساختمان (اعیان) به صورت فعلی و قیمت آن در صورتی که مطابق با قرارداد ساخته می‌شد.

۴. تفاوت بین قیمت زمین (عرصه) با ساختمان فعلی و قیمت آن با ساختمانی که باید مطابق قرارداد ساخته می‌شد. به تعبیر دیگر، در این حالت باید دید که قیمت زمین متعلق به خواهان، با فرض وجود ساختمانی مطابق با اوصاف قرارداد، و قیمت آن با توجه به ساختمانی که غیرمطابق با قرارداد ساخته شده است، چقدر تفاوت دارد.

در مورد هر چهار حالت باید توجه داشت که پرداخت خسارت منوط به وجود تفاوت و به تعبیر دیگر، ورود زیان به کارفرما است. بنابراین، اگر به عنوان مثال، بین قیمت ساختمان به صورتی که ساخته شده و قیمت آن به صورتی که باید طبق قرارداد ساخته می‌شد، تفاوتی وجود نداشته باشد، کارفرما از این لحاظ، زیان ماهوی ندیده است. فرض کنیم پیمان‌کاری که متعهد بوده یک واحد مسکونی پنج اتاقه بسازد، با نقض قرارداد، واحدی چهاراتاقه ساخته است، اما اختلاف در تعداد اتاق‌ها هیچ تفاوتی در قیمت بنا ندارد. بنابراین برای این که پرداخت خسارت امکان‌پذیر باشد، باید فرض کرد که انجام کار به صورت غیرمطابق موجب کاهش قیمت ساختمان شده است؛ چراکه اولین شرط پرداخت خسارت در حقوق کشورمان، ورود زیان به متعهدله است.

اکنون سؤال این است که برای ارزیابی خسارت، باید به کدام یک از تفاوت‌های مذکور توجه کرد؟ به نظر می‌رسد که برای ارزیابی خسارت نقض تعهد، باید به آنچه که متعهد به عهده گرفته توجه نمود و خسارت را بر مبنای آن ارزیابی کرد. به تعبیر یکی از اساتید، «در تمیز

کیفیت اجرای قرارداد، معیار، التزام طرف قرارداد است، نه انتظار طلبکار.^{۵۸} این نکته به نوبه خود به این مسئله منتهی می‌شود که در قراردادهای پیمان‌کاری، مفاد تعهد پیمان‌کار چیست؟ تعهد پیمان‌کار به‌طور معمول انجام دادن کار است و در مواردی که تهیه مصالح به‌عهده اوست، تعهد وی را می‌توان مرگب از انجام دادن کار و تهیه مصالح دانست. همچنین، جز در موارد استثنایی، پیمان‌کاری ساختمان اصولاً از کارهایی است که وابسته به شخصیت متعهد نیست و طبق تعبیری که در مورد اموال مادی به کار می‌رود، مثلی است نه قیمی. بنابراین پیمان‌کار اگر تهیه مصالح را به‌عهده نداشته، صرفاً ضامن تفاوت بین اجرت کار انجام شده و اجرت‌المثل عمل بر فرض انطباق با قرارداد است و اگر تهیه مصالح را هم بر عهده داشته، ضامن تفاوت بین بدل مصالح به‌کاررفته و مصالح موردنظر در قرارداد نیز هست.

بنابراین خسارت مالک، برحسب مورد، باید براساس مبنای اول یا دوم ارزیابی شود. اما در مورد ارزیابی خسارت براساس دو مبنای اخیر، یعنی تفاوت قیمت اعیان یا عرصه، می‌توان گفت که قیمت اعیان و عرصه و افزایشی که ممکن است در نتیجه اقدام پیمان‌کار بر آن دو حاصل شود، از نتایج و آثار کار اوست و موضوع تعهد وی را تشکیل نمی‌دهد. بنابراین، ضامن شمردن پیمان‌کار نسبت به دو قیمت مذکور وجهی ندارد. در مقابل، ممکن است گفته شود که پیمان‌کار از باب اتلاف یا تسبیب، ضامن کاهش ارزش زمین یا ساختمان است، چراکه موضوع اقدام پیمان‌کار، زمین و مصالح یا دست‌کم زمین کارفرما است و اقدامات وی در صورتی که مطابق با قرارداد نباشد، نوعی مداخله ناروا در اموال کارفرما و موجب ضمان او است. کارفرما به پیمان‌کار اذن داده که در اموالش به صورت تعیین شده در قرارداد مداخله کند و اذن وی منوط به رعایت مفاد قرارداد بوده است. بنابراین گویا اقدام کارفرما مشمول روایتی بدین مضمون است که «هرکس دست‌مزد می‌گیرد تا اصلاح کند، اما فاسد کند، ضامن است.»^{۵۹} کاهش ارزش مذکور مربوط به مال معین است^{۶۰} و از این رو، اولاً مشمول عدم‌النفع مذکور در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیست و ثانیاً ناشی از اقدام پیمان‌کار و مشمول اتلاف و تسبیب مذکور در متن ماده ۵۱۵ قانون مزبور است.

۵۸. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴: ۲۴۶.

۵۹. حرّ عاملی، وسائل‌الشیعه، ۱۹: ۱۴۵. کُلُّ مَنْ يُعْطَى الْأَجْرَ لِصَلَحٍ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِنٌ؛ سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، چاپ ۱۲، جلد ۱ (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه. ق.)، ۱۰۷.

۶۰. شهیدی، آثار قراردادها و تعهدات، ۲۵۶-۲۵۸.

نتیجه‌گیری

۱. در نظام‌های کامن‌لایی، اولین شیوه‌مقابله با نقض قرارداد پرداخت خسارت است و درمورد عدم اجرای مطابق توسط پیمان‌کار نیز همین شیوه اعمال می‌شود. معیار ارزیابی خسارت، در وهله نخست، پرداخت هزینه تعمیر و اصلاح است، اما در برخی موارد دادگاه‌های کامن‌لایی از این معیار به معیارهای دیگری مانند تفاوت ارزش ساختمان یا ارزش کار یا مصالح و نیز خسارت اسمی عدول می‌کنند.

۲. در حقوق ایران، اولین شیوه‌مقابله با نقض قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد است. از لحاظ حقوقی، الزام پیمان‌کار به اجرای تعهد اقتضا می‌کند که وی ساختمان را مطابق با قرارداد بازسازی نماید؛ هرچند که بازسازی آن مستلزم تخریب ساختمان و هدر رفتن مال و نیروی کار شود و متعهدله (کارفرما) را نمی‌توان به قبول بنای غیرمطابق و دریافت خسارت ملزم نمود.

۳. از مقررات قانونی کشورمان نمی‌توان استفاده کرد که تخریب ملک مانعی برای الزام به اجرای تعهد محسوب می‌شود.

۴. از برخی از آرای قضایی مربوط به دعاوی بین اشخاص و شهرداری‌ها می‌توان دریافت که در این دعاوی، تخریب بنا اصولاً جنبه استثنایی دارد. اما اولاً استثنایی بودن تخریب، حتی در این گونه دعاوی نیز مانع صدور احکام متعددی به تخریب ملک نگردیده است و ثانیاً این گونه احکام را نمی‌توان به روابط بین مالک و پیمان‌کار تسری داد. در این دسته از روابط، در مواردی که دادگاه مصلحت وفای به عهد را بر مصلحت حفظ سرمایه مادی ترجیح دهد، استثنایی بودن تخریب مانعی برای صدور حکم به تخریب محسوب نمی‌شود.

۵. در صورتی که به اقتضای مورد، قرار شود که از الزام به اصلاح، به پرداخت خسارت عدول شود، پیمان‌کار ممکن است صرفاً ضامن تفاوت بین اجرت کار انجام شده و اجرت‌المثل عمل بر فرض انطباق با قرارداد باشد، یا علاوه بر آن، ضامن تفاوت بین بدل مصالح به کاررفته و مصالح موردنظر در قرارداد شمرده شود.

سیاهه منابع

الف - منابع فارسی:

- اسماعیلی هریسی، ابراهیم. *مبانی حقوق پیمان*. چاپ ۴، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۷.
- جابری، محمد صالح. *حقوق ساخت‌وساز*. چاپ ۱، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
- (سامانه ملی آرای قضایی). آخرین دسترسی در ۱۱ مهر ۱۴۰۲. <https://ara.jri.ac.ir>
- شعبه ۲۲۰ دادگاه حقوقی تهران، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۴۵۰۰۷۲۳، مورخ ۲۰ اسفند ۱۳۹۳.
- شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۱۷۲۸، مورخ ۱۲ شهریور ۱۳۹۲.
- شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۷۹۷، مورخ ۱۱ آبان ۱۳۹۳.
- شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۳۵۴، مورخ ۲۴ اسفند ۱۳۹۲.
- شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۱۳۱۵، مورخ ۸ بهمن ۱۳۹۳.
- شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۴۶۷۰، مورخ ۲۶ آذر ۱۳۹۳.
- شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۳۲۷، مورخ ۲۷ خرداد ۱۳۹۴.
- شعبه ۸ تجدید نظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۵۵۸۰۱۷۶۴، مورخ ۲۴ آبان ۱۳۹۴.
- شهیدی، مهدی. *آثار قراردادها و تعهدات*. چاپ ۲، تهران: مجد، ۱۳۸۳.
- صمدی قوشچی، زیدالله. *تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران*. چاپ ۲، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۳.
- قانون اجرای احکام مدنی جمهوری اسلامی ایران
- قانون آیین دادرسی مدنی جمهوری اسلامی ایران
- قانون شهرداری
- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران
- قهرمانی، نصرت‌الله، و شهرزاد شمس‌ا. *دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان*. چاپ ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر. *دوره عقود معین*. چاپ ۱۰، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر. *قواعد عمومی قراردادها*. چاپ ۳، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
- محقق داماد، سید مصطفی. *قواعد فقه*. چاپ ۱۲، جلد ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶. ه.ق.

نعمت‌اللهی، اسماعیل. «بررسی خسارت انتظار ناشی از نقض قرارداد در کامن‌لا و حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب ۳، شماره ۳ (پاییز ۱۳۹۵): ۱۲۹-۱۵۶. <https://doi.org/10.22091/CSIW.2017.1937.1187.156-129>
هینزی، جیمی. *قراردادهای ساختمانی*. ترجمه محمدتقی بانکی. چاپ ۳، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۹۴.

ب- منابع عربی:

انصاری، شیخ مرتضی. *کتاب المکاسب*. طباعة ۱، العدد ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه. ق.
حرّ عاملی، محمد بن حسن. *وسائل الشیعة*. طباعة ۱، العدد ۱۹ و ۲۵، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ ه. ق.

ج- منابع لاتین:

Corbello v. Iowa Production (850 So. 2d 686, La. 2003).
Corrin Care, Jennifer. *Contract Law in the South Pacific*. 1st edition, London: Cavendish Publishing Limited, 2001.
Cyril, Chern. *The Law of Construction Disputes*. 3rd edition, [N.P]: Informa Law from Routledge, 2020.
Diotte v. Consolidated Dev. Co., 2014 CarswellNB 410 (Can. N.B.C.A.) (WL)
G.W. Atkins (Ilkeston) Limited v. Kenneth N. Scott [1980] 7 Const LJ 215.
Google. "Difference in Value Rule." Last modified December 2, 2023. <https://www.quimbee.com/keyterms/difference-in-value-rule/>.
Hinze, Jimmie. *Construction Contracts*. 3rd edition, New York: McGraw-Hill, 2011.
Jacob and Youngs, Inc. v. Kent (129 N.E. 889 (N.Y. 1921)).
Livingstone v. Rawyards Coal Co (1879-80) LR App Cas 25.
New Era Group (China) Ltd v Studio M Interiors HK Ltd ([2021] HKCFI 3711, HCA 2963/2018 10 December 2021).
Peevyhouse v. Garland Coal and Mining Co.
Perillo, Joseph M.. *Corbin on Contracts*. Volume 11, New Jersey: Matthew Bender & Company, Inc. 2017.
Rotterdam, Markus. "The Proper Measure of Damages for Contractor's Breach of Contract." *Construction Law Letter* 31, no. 3 ([N.D]): 10-12.

ضمانت اجرای تخلف پیمان‌کار ساختمان از اوصاف قرارداد در ... / نعمت‌اللهی ۲۴۵

Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsyth [1996] AC 344.

Sergeant, Michael, and Max Wieliczko. *Construction Contract Variations*. 1st edition, [N.P]: Informa Law from Routledge, 2014.

Ter Haar, Roger. *Remedies in Construction Law*. 2nd edition, Routledge: Informa Law from, 2017.

Treitel, Guenter. *The Law of Contract*. 11th edition, London: Sweet & Maxwell, 2003.

Waterdance Ltd v. Kingston Marine Services Ltd [2014] EWHC 224 (TCC).

Wirtz, Richard S. "Cost of Performance or Difference in Value." *59 Case W. Rsrv. L. Rev.* 61 (2008): 61-85.

<https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol59/iss1/4>

