

الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی

محمدعلی خورسندیان^{*۱}، فرهاد محمدی بصیر^{**۲}

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۰۹/۰۵)

چکیده

در حقوق ایران با خودداری متعهد از اجرای عین تعهد، متعهدله (حتی اگر مایل به فسخ باشد) نخست باید الزام متعهد را درخواست نموده و فقط با تعدّر اجبار است که می‌تواند قرارداد را فسخ کند. درحالی که اسناد نوین حقوق خصوصی مانند اصول اروپایی حقوق قراردادهای و اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی و چارچوب مشترک مرجع، متعهدله را بین الزام متعهد به اجرای عین تعهد و اقدام به فسخ و گرفتن خسارت، مختار گذاشته‌اند. برخلاف حقوق ایران، در این اسناد الزام متعهد به اجرای عین تعهد با استثناءهای زیادی مواجه شده است که بیشتر تحت تأثیر نظریه احترام به آزادی‌های شخصی است. این موضوع نشان می‌دهد با توجه به تحولات اقتصادی، دیگر مفاد اصل لزوم قراردادهای، اجرای عین تعهد در هر شرایطی نیست بلکه برآورده نمودن انتظارات معقول و متعارف طرفین قرارداد، وفای به عهد محسوب می‌شود. از سوی دیگر، در حالی که در حقوق ایران، نوعی جرمه مالی و حبس مدیون، به عنوان ابزارهایی جهت اعمال فشار بر متعهد و جلوگیری از سوء استفاده او اعمال می‌گردد، اسناد یاد شده حبس را جهت اجرای تعهد، اقدامی خلاف آزادی انسان دانسته و آن را مورد پذیرش قرار نداده‌اند.

کلیدواژه‌گان: اجبار متعهد، جرمه مالی، حبس مدیون، اجرای عین تعهد، موانع اجرا.

مقدمه

با توجه به نقش مهم اجرای قراردادها در برقراری نظم اجتماعی، بیشتر نظام‌های حقوقی در صورت عدم اجرای تعهد، به متعهدله حق الزام متعهد به اجرای تعهد را از طریق مراجع صالح داده‌اند. در حقوق ایران با توجه به ماده ۲۱۹ قانون مدنی حق الزام متعهد به اجرای عین تعهد از «اصل لزوم قراردادها» برداشت می‌شود. قانون مدنی ایران، اصل را بر این گذاشته است که اگر متعهدله با خودداری متعهد از اجرای عین تعهد روبرو شود، ابتدا تنها می‌تواند الزام به اجرای عین تعهد را از دادگاه تقاضا کند و نمی‌تواند بی‌درنگ اقدام به فسخ قرارداد کند اما اگر اجبار میسر نیفتد و موضوع تعهد از جمله تعهدات قائم به شخص نباشد، متعهدله می‌تواند با هزینه‌ی متعهد، تعهد را اجرا کند. در صورتی هم که تعهد مورد نظر از جمله تعهدات قائم به شخص باشد، حقوق ایران با دو ابزار جرمه مالی و حبس مدیون به یاری متعهدله می‌شتابد.

اما آیا با تحولات اقتصادی قرن اخیر که مقتضی سرعت در معاملات و شتاب در گردش سرمایه و تجدید فرصت‌های تجاری است، اتخاذ چنین روشی به سود متعهدله است؟ در رابطه با طرف دیگر رابطه قراردادی نیز آیا استفاده از این دو ابزار صحیح به نظر می‌رسد؟ موضع اسناد نوین بین‌المللی همچون اصول اروپایی حقوق قراردادها^۱ (زین پس: اصول اروپایی) و اصول قراردادهای تجاری المللی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۲ (زین پس: اصول یونیدغوا) و طرح چارچوب مشترک مرجع^۳ (زین پس: چارچوب مشترک) در این رابطه چیست؟ آیا در این اسناد نیز متعهدله مجبور است ابتدا الزام متعهد را از دادگاه بخواهد یا راه حل دیگری در نظر گرفته شده است؟

اهمیت این مطالعه تطبیقی زمانی مشخص می‌شود که بدانیم در سال‌های اخیر قانونگذارانی که در پی تدوین قوانین ملی بوده‌اند از اسناد مذکور به عنوان الگویی مناسب استفاده کرده‌اند. به عنوان

۱. Principles of European Contract Law (PECL)

۲. Principles of International Commercial Contracts (PICC)

۳. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

این سند جهت هماهنگ‌سازی حقوق خصوصی توسط «گروه مطالعاتی تدوین قانون مدنی اروپا» و «گروه تحقیق حقوق خصوصی اتحادیه اروپا» طی چندین سال با بهره‌گیری از تجارب حقوقدانان اروپایی تدوین در سال ۲۰۰۹ منتشر شد. هر چند این سند از PECL استفاده فراوانی کرده است اما در بخشهایی متعدد از جمله عقود معین، سندی کامل‌تر است و سعی شده در اصطلاحات و ذکر نهادهای حقوقی از مشترکات جهانی استفاده کند.

نمونه می‌توان به کارکردی که اصول یونیدخوا به عنوان الگوی قانون‌نویسی در اروپای شرقی و میانه و روسیه و اندونزی داشته است، اشاره کرد. همچنین در بازنگری قانون مدنی آلمان در سال ۲۰۰۲ نیز از اصول یونیدخوا و اصول اروپایی بهره گرفته شده است. به همین ترتیب این اصول می‌تواند نقشی مشابه را در قانون‌گذاری دیگر کشورها ایفا کند (Smits, 2000, p.221-223 - شولتز ص ۳۴۱). چنانچه قانون راجع به قراردادهای چین مصوب ۱۹۹۹ نیز تحت تأثیر اصول اروپایی به تصویب رسیده است. (Wilhelmsson, 2001, p.24) اثرگذاری اصول مذکور در پیش‌نویس قانون تعهدات استونی مصوب ۲۰۰۱ (Varul, 2008, p.104) و قانون مدنی جدید هلند را نیز مسلم دانسته‌اند (Busch, & et. Al, 2002, p.27). طرح کاتالا نیز که به اصلاح قانون مدنی فرانسه در ۲۰۱۶ منجر شد از اصول اروپایی و اصول یونیدخوا بهره برده است (Rowan, 2017, p.1-16). لذا اسناد مزبور امروزه از مهم‌ترین منابع حقوق خصوصی مدرن است. (خورسندیان؛ محمدی بصیر، ۱۳۹۲، ۷۵-۸۰). در اهمیت چارچوب مشترک نیز چنین گفته شده که پس از اسناد پیشین هدف از تهیه این متن جدید تدوین قانون مدنی اتحادیه اروپا بوده است (Beale, 2005, p.10) پس از بررسی نوآوری های اسناد نوین که از آنها به صورت روز افزون به عنوان منابع مفید و راهی میانبر برای بازنگری در قوانین بسیاری از کشورها استفاده شده است، می‌توان در حقوق ایران نیز که حقوق قراردادهای بر پایه عرف خردمندان طرح‌ریزی شده است استفاده نمود. در این مقاله نخست مفهوم اجرای عین تعهدات قراردادی و سپس ضمانت‌های اجرا و در واپسین بخش استثنای اجرای عین تعهد مورد مطالعه تطبیقی قرار گرفته است.

۱. مفهوم اجرای عین تعهد قراردادی

هدف از ایجاد یک قرارداد، اجرای عین مورد تعهد است. در حقیقت در زمان انعقاد قرارداد، قصد و نیت اصلی طرفین اجرای عین همان تعهدی است که مورد توافق قرار گرفته است زیرا اشخاص برای رفع نیازهای خود و نیز کسب منافع، وارد روابط قراردادی می‌شوند و مطلوب اصلی آنان از یک پیمان رفع یک نیاز خاص یا دریافت همان منفعتی است که بر آن اقدام نموده‌اند و بر اساس اصل حاکمیت اراده باید این قصد را مراعات نمود (صفایی؛ الفت، ۱۳۸۹: ۵۰). اجرای عین تعهد نقطه مقابل اجرای بدل تعهد و پرداخت خسارت است. اگر متعهد، تعهد خویش را اجرا نکند، قانون به متعهدله حق می‌دهد تا الزام متعهد یا فسخ یا گرفتن خسارت (و یا فسخ و اخذ خسارت) را

بخواهد. (لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ۸۰) بنابراین اجرای عین تعهد دو قسم دارد: اجرای اختیاری و اجرای اجباری که متأخر بر آن است. لذا الزام به اجرای عین تعهد را باید اجرای «مستقیم» تعهد دانست و در برابر آن اجرای بدل تعهد است که اجرای «غیر مستقیم» است. اجرای مستقیم یعنی مورد تعهد بدون تغییر یا رجوع به مثل یا قیمت ایفاء گردد (همان: ۸۴). اجرای اجباری تعهد یک اصل مسلم پذیرفته شده در حقوق ایران بر پایه اصل لزوم است (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۴، ۸۳؛ شیروی، ۱۳۷۷: ۵۰). در فقه اسلام (کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۵: ۷۲، اصفهانی، بی تا: ج ۵، ۳۹۸)، ماده ۹۸ قانون تعهدات سوئیس و قانون مدنی فرانسه، حقوق مصر (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۲، ۷۵۸) و حقوق لبنان (ابراهیم سعد، ۱۹۹۸: ج ۲، ۲۵) نیز اجبار متعهد پیش‌بینی شده است. در حقوق کامن لا نیز اجرای این چنینی به عنوان نزدیک‌ترین طریق اجرای عین تعهد و جبرانی است که به منظور اجرای مفاد قرارداد تلقی شده و با دستور دادگاه صورت می‌گیرد (Black, 2000, p.1372). نتیجه اینکه در نظام‌های حقوقی اجرای اجباری عین تعهد در مقابل اجرای اختیاری قرار دارد و اگر متعهد به اختیار به تعهد خود عمل نکند، دادگاه وی را اجبار می‌کند و از این جهت اجرای اجباری متأخر بر اجرای اختیاری است (داراب پور، ۱۳۷۹: ۲۳۲، شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۸).

در اصول یونیدگوا، مواد ۱-۲-۷ (راجع به تعهدات پولی) و ۲-۷ (راجع به تعهدات غیر پولی) این حق را به متعهد می‌دهند تا اجرای عین تعهد را از متعهد و در صورت خودداری او، از دادگاه مطالبه کند. در اصول اروپایی نیز مواد ۱:۱۰۱ الی ۹:۱۰۳ به اجرای اجباری عین تعهد پرداخته است. ماده ۱:۱۰۱ اصول اروپایی، طلبکار را مستحق می‌داند که با مراجعه به دادگاه، اجرای عین تعهد را خواستار شود. حال چه متعهد به کلی اقدام به نقض تعهد نموده باشد یا به صورت جزئی آن گونه که در ماده ۱:۳۰۱ آمده است. در بند یک ماده ۹:۱۰۱ در مورد تعهدات پولی آمده است: «در صورتی که شخص متعهد به پرداخت پول، در اجرای تعهد کوتاهی نماید، طلبکار می‌تواند الزام به پرداخت را مطالبه کند». در این ماده اصل پذیرفته شده‌ای منعکس شده است مبنی بر اینکه پرداخت پولی را که موعد آن مطابق با یک تعهد قراردادی فرارسیده، همواره می‌توان درخواست کرد و اگر به این درخواست توجه نشود، با طرح دعوای قانونی در دادگاه می‌توان متعهد را الزام کرد. همچنین در بند یک ماده ۹:۱۰۲ در مورد تعهدات غیر پولی می‌خوانیم: «متعهد له حق دارد به جای جبران خسارت ناشی از اجرای ناقص و یا معیوب تعهد از سوی متعهد، خواهان ایفای تعهد مقرر شده در قرارداد (ایفای عین تعهد) گردد». در چارچوب مشترک نیز ماده ۱:۱۰۳ به اصل لزوم و بند ۱ ماده

۳:۳۰۱ به الزام به اجرای تعهدات پولی اختصاص دارد. همچنین بند ۱ ماده ۳:۳۰۲ الزام به اجرای تعهدات غیر پولی را مقرر نموده است. بند ۲ همین ماده اجرای غیر مطابق با تعهد را نیز اضافه می‌کند. موضوع مواد ۴۶ و ۶۲ کنوانسیون بیع نیز الزام به اجرای عین تعهد است.

۲. تقدم اجرای عین تعهد بر فسخ و جبران خسارت

در این قسمت سؤال اساسی این است که آیا در نظام حقوقی ایران و اسناد بین‌المللی، حق متعهدله جهت «الزام متعهد به اجرای عین تعهد» بر «فسخ و مطالبه خسارت» مقدم است یا خیر؟ و آیا متعهدله می‌تواند آنها را در عرض هم مطالبه کند؟

در حقوق ایران اصل بر اجبار به انجام عین تعهد است (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۲۵۹، قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۲۱۸- کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۳، ۲۲۶) به عبارت دیگر اصل بر آن است که اگر متعهد به اختیار به تعهد خود عمل نکند، ابتدا باید الزام او را به انجام تعهد از مراجع ذیصلاح خواست و اگر اجرا امکان‌پذیر نباشد بحث فسخ و مطالبه خسارت مطرح می‌شود. از ملاک مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی (زین پس: ق.م.) در باب شرط، این موضوع دریافت می‌شود که در تعهدات اصلی نیز نخست باید متعهد را اجبار به وفاء به تعهد نمود و در صورتی که اجبار متعذر باشد و مورد تعهد هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از طرف ملتزم انجام دهد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت. لذا در حقوق ایران، هم در تعهدات اصلی (مواد ۳۷۶-۳۹۵ ق.م.) و هم در تعهدات ضمنی (مواد ۲۳۷-۲۴۰ ق.م.) اصل بر آن است که ابتدا متعهد الزام به انجام تعهد می‌شود و در صورت تعذر اجبار، سایر جبران‌ها مطرح می‌شود. بر خلاف نظر برخی از نویسندگان که واژه «می‌تواند» را در ماده ۲۳۷ حمل بر توانایی ترک اجبار و اختیار فسخ نموده‌اند (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۲) یا پیشنهاد در نظر گرفتن شرط بنایی فسخ معامله در صورت تخلف از اجرا شده‌اند (خدمتگزار، ۱۳۸۷: ۱۹۹) مقایسه ظاهر مواد یاد شده با عباراتی که در فقه بیان شده (انصاری، ۱۳۸۰: ۱۲۵/۶) نشان می‌دهد که قانون مدنی از قول فقهای که اجبار ملتزم به شرط و فسخ را در عرض هم قرار داده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ج ۲، ۲۸۱، خوبی، ۱۳۶۶: ج ۷، ۳۹۶، روحانی، بی تا: ج ۶، ۳۰۲) پیروی نکرده است بلکه از قول فقهای پیروی کرده که این دو را در طول هم می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۶-۱۳۷، کرکی، ۱۴۱۱: ج ۵، ۱۰۲، اصفهانی، بی تا: ج ۵، ۱۹۳، یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۹/۲، آخوند: ۱۴۰۶: ۲۴۶-۲۴۷). البته تقدم اجبار بر فسخ در حقوق ایران استثنایایی نیز دارد از جمله خیار تأخیر ثمن (موضوع ماده ۳۹۵

ق.م، که اجبار به اجرای عین تعهد و اختیار فسخ را در کنار هم ذکر کرده است) و تخلف از شرایط اجاره (موضوع ماده ۴۸۲ ق.م.) که حق فسخ در عرض اجبار است. همچنین ممکن است گفته شود عواملی مثل انقضاء مدت در تعهداتی که مقید به زمان به نحو وحدت مطلوب بوده. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۵) یا وجود تعهدات طبیعی مانع از اجرای قاعده الزام گردد اما موضوع این است که در تعهدات از نوع وحدت مطلوب با انقضاء زمان دیگر تعهدی در کار نیست تا بحث اجرای اجباری مطرح شود و مطالبه تعهدات طبیعی نیز به کلی مسموع نیست.

در حقوق سوئیس (ماده ۱۰۷ قانون تعهدات)، آلمان (مواد ۳۲۳-۳۲۴-۳۲۶ ق.م.)، فرانسه (ماده ۱۲۱۷ اصلاحات ۲۰۱۶ ق.م.) هلند (ماده ۶:۲۶۵ ق.م. نقل از: امینی و حقانی، ۱۳۹۳: ۱۳) حق درخواست فسخ^۱ ناشی از تخلف از اجرای تعهد قراردادی را موازی حق اجبار متعهد به اجرای عین تعهد دانسته‌اند اما اجرای اجباری تعهد در نظام حقوقی انگلیس فقط در مورد تعهدات مربوط به پرداخت پول، قطعی است. در مورد سایر تعهدات، دادگاه برای اعطای آن به بررسی جوانب مختلف می‌پردازد. اجرای عین تعهد در این نظام حقوقی، یک جبران انصافی و احتیاطی از طرف دادگاه است که آن هم با محدودیتهای زیادی مواجه است. در معاملات تجاری هم در زمانی که حکم به جبران خسارت وارده یک «طریق جبران خسارت مناسب» باشد، اجرای عین تعهد قراردادی نباید مورد دستور دادگاه قرار گیرد. (Teritel, 2001, p.918) در حقوق این کشور اصل اجبار به اجرای عین تعهد را جز در مواردی نادر مانند تعهداتی که در ماهیت دارای قید مباشرت هستند (مثل نواختن قطعه موسیقی، تدریس و کلاس آموزش حرفه‌ای) نپذیرفته‌اند. آن هم با این شرط که منجر به هتک حیثیت و آزادی متعهد نشود.

بطور خلاصه نظام رمی- ژرمنی اجرای عین قرارداد را به عنوان اصل و مهمترین ضمانت اجرای تعهد قراردادی پذیرفته است و قاضی هم به درخواست متعهدله حکم به الزام متعهد به اجرای عین قرارداد خواهد داد. البته به عنوان ضمانت اجرای فرعی، سایر طرق جبران هم پذیرفته شده است و در مواردی متعهدله می‌تواند درخواست جبران خسارت کند و اجرای عین تعهد را نخواهد، ولی این امر استثنایی است (گروهی از نویسندگان، ترجمه داراب‌پور، ۱۳۷۴: ج ۲، ۱۷۰). در نظام کامن لا،

۱. البته در قانون مدنی فرانسه واژه *La résolution* به کار رفته که در اصل برای جایی به کار می‌رود که انقضای قرارداد اثر قهرایی داشته باشد. (Cartwright, 2016, p.14, Bell, 1998: p.352, خدمتگزار، ۱۳۸۷: ۱۸۶) برخی نقل کرده‌اند که

در حقوق این کشور اثر قهرایی مربوط به قراردادهای آنی است. (امینی-حقانی، ۱۳۹۳: پاورقی ص ۵)

از نظر تاریخی از قرن ۱۵ میلادی بوده است که اجرای اجباری قرارداد به طور استثنایی تحت عنوان «specific performance» پذیرفته شده است (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷: ۲۲۱). در این نظام قاعده این است که به محض نقض تعهد از ناحیه متعهد، متعهدله حق دارد درخواست جبران خسارت کند اما قاضی در مورد تعهداتی که موضوع آن وجه نقد نیست ملزم به پذیرش درخواست متعهدله مبنی بر اجرای عین تعهد نیست، مگر آنکه آن را منطبق با قواعد انصاف بداند. لذا اجرای شخصی در مواردی مانند دشوار بودن، غیر متعارف بودن و پر هزینه بودن پذیرفته نمی‌شود. در مجموع، الزام به اجرا در نظام رمی-ژرمنی یک اصل و در کامن لای یک استثناء است (Lando, 2001, p.350, (Kupelyants, 2012: p.16).

در اصول یونیدگوا، متعهدله مختار است که یا الزام متعهد به اجرای عین تعهد را بخواهد و یا از سایر ضمانت‌های اجرا استفاده کند. ماده ۱-۲-۷ اصول یونیدگوا مقرر می‌دارد: «در صورتی که طرف متعهد به پرداخت پول، در اجرای تعهد خود کوتاهی کند، طرف دیگر می‌تواند الزام به پرداخت را مطالبه کند». همچنین طبق ماده ۲-۲-۷ اصول مذکور: «در صورتی که طرف متعهد به تعهد غیر از پرداخت پول، در اجرای تعهد کوتاهی کند، طرف دیگر می‌تواند اجرای تعهد را مطالبه کند...». کلمه «می‌تواند» مؤید این مطلب است که متعهدله مجبور نیست نخست متعهد را اجبار به انجام عین تعهد نموده و تنها در صورت شکست در این راه اقدام به فسخ قرارداد کند.

در اصول اروپایی هم مطابق بند دو ماده ۱۰۱:۹ «در مواردی که طلبکار هنوز تعهد خود را ایفاء نکرده و مشخص است که مدیون تمایلی به دریافت اجرا ندارد (تمایلی ندارد که تعهد توسط طرف دیگر اجرا شود) طلبکار می‌تواند اقدام به اجرای تعهد کند و هرگونه مبلغ قابل پرداخت بر اساس قرارداد را مسترد کند مگر اینکه طلبکار می‌توانسته بدون صرف هزینه یا کار و تلاشی قابل توجه، اجرای جایگزین متعارفی را ایفاء کند یا اینکه ایفاء تعهد با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، غیر متعارف بوده باشد». همچنین مطابق بند یک ماده ۱۰۲:۹ اصول اروپایی: «متعهدله می‌تواند به جای جبران خسارت ناشی از اجرای ناقص یا معیوب تعهد توسط متعهد، خواستار ایفای عین تعهد مقرر در قرارداد گردد». بند یک ماده ۳۰۲:۳ چارچوب مشترک نیز مشابه همین ماده است. باید توجه داشت حق الزام به اجرای عین تعهد در تعهدات پولی فقط به مواردی که بدهکار هیچ تمایلی به اجرای تعهد ندارد محدود نمی‌شود، بلکه جایی هم که بدهکار جهت اجرای تعهدات تلاش نموده اما تلاش او منجر به اجرای تعهد مطابق با شروط قرارداد نمی‌شود، متعهدله می‌تواند از این ابزار

استفاده کند (Varul, 2008, p.107-108). با توجه به این مواد، شارحان، در عرض هم بودن اجبار و مطالبه‌ی خسارت را متذکر شده‌اند (Busch, & et. Al, 2002, p.347-348-351). در قانون یکنواخت تجاری آمریکا امکان درخواست اجرای عین تعهد تنها در صورتی که کالا منحصر به فرد بوده پذیرفته شده است (ماده ۲/۷۱۶) و شارحان آن را به موارد مشابه نیز تعمیم داده‌اند (داراب پور، ۱۳۷۹: ۱۸۸-۲۲۳). در ماده ۴۶ کنوانسیون بیع نیز «مشری می‌تواند تعهدات بایع را از او بخواهد مگر این که به یکی از طرق جبران خسارت که با این درخواست منافی باشد، متوسل شده باشد». هر چند در ماده ۲۸ به نظام کامن لا نزدیک شده و به دادگاه حق داده است تا اجبار را بسته به قانون محلی نپذیرد.

بدین ترتیب در این مورد میان اسناد نوین حقوق خصوصی و حقوق ایران تفاوت وجود دارد. در حقوق ایران درخواست اجرای عین تعهد برای اعمال خیار فسخ از ناحیه متعهدله الزامی است، اما در تمامی اسناد نوین، متعهدله ملزم به درخواست اجرای اجباری نیست و می‌تواند بی‌درنگ از سایر ضمانت‌های اجرا استفاده کند. به نظر می‌رسد که راه حل حقوق ایران در این زمینه نیازمند بازنگری باشد. چرا که:

نخست: از نظر مبانی فقهی، تأخر حق فسخ از حق اجبار بر این فرضیه استوار بوده است که با امکان اجبار، ضرر متعهدله مرتفع شده و مبنایی برای حق فسخ نخواهد بود، اما چنان که فقیهان متأخر توجه نموده‌اند اجبار نمی‌تواند مرتفع کننده زیان باشد (خویی، ۱۳۶۶: ج ۷، ۳۹۶، حسینی عاملی، ۱۴۱۱: ج ۲، ۲۸۱، روحانی، بی تا: ج ۶، ۳۰۲) از دست دادن فرصت و مواجه شدن با خسارات در فرآیند دادرسی، الزام متعهدله جهت رجوع به دادگاه و تقاضای اجبار را تبدیل به یک حکم ضرری و گاه حرجی می‌کند که با عدالت و انصاف سازگار نیست و باید با حق فسخ مرتفع شود. (رنجبر، ۱۳۸۷: ۱۲، صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۲۹۹) دوم: الزام متعهدله به پیمودن مراحل دادرسی این امکان را به متعهد دارای سوء نیت می‌دهد تا اموال خود را مخفی یا به قصد فرار از دین به دیگران منتقل کند (مقدم، ۱۳۷۷: ۱۲۷) یا بدین طریق طرف مقابل را برای گذشت از منافع خود تحت فشار دهد. سوم: رشد روابط اقتصادی، اقتضای سرعت در مشخص شدن سرنوشت معاملات را دارد و بر همین اساس، مقررات جدید بین‌المللی، حق فسخ یا گرفتن خسارت را در عرض هم پذیرفته‌اند. چهارم: در عقود و قراردادهای معوض چون تعهد هر طرف به تعهد طرف دیگر قرارداد وابسته است، چنانچه یک طرف از انجام تعهد خودداری کند، طرف دیگر اصولاً باید بتواند خود را از تعهدش آزاد کند

(شیروی، ۱۳۷۷: ۵۶). بدین ترتیب با در نظر گرفتن بنای عقلا بر محافظت از حقوق متعهدله و هماهنگی با حقوق خصوصی نوین ضروری است قانونگذار ایران در اصلاحات قانون مدنی این اختیار را به متعهدله اعطاء کند.

۳. شیوه‌های الزام متعهد به اجرای عین تعهد

منظور از الزام به انجام عین تعهد، حکم یا دستوری از سوی دادگاه است که متعهد را به انجام عین آنچه که تعهد نموده است و می‌دارد و از آنجا که روابط اجتماعی بوسیله قانون تنظیم می‌شود، قانونگذار برای اجبار متعهد در هر مورد، مقامی صالح را تعیین کرده و متعهدله تنها می‌تواند اجبار متعهد را از مقام مذکور درخواست کند. (قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۲۱۸) در صورت امتناع، مرجع صالح از طریق مأمور اجرا یا با فشارهای مالی متعهد را مجبور به ایفاء عین تعهد می‌کند. پس دشواری عادی انجام تعهد مانع ایفاء عین تعهد نیست. اجبار می‌تواند به شکل مستقیم (توسط مأمور اجرا یا متعهدله) یا غیر مستقیم (از طریق جریمه مالی و حبس متعهد) صورت پذیرد.

۳-۱. اجبار مستقیم متعهد

اجرای مستقیم تعهد می‌تواند به صورت اختیاری یا اجباری صورت گیرد. اگر متعهد تمایلی به اجرای تعهد نداشته باشد در این صورت تعهد مزبور به اجبار اجرا می‌گردد. اجرای اجباری مستقیم آن است که مفاد عقد با حکم صادره از طریق دادگاه یا اجرای ثبت مستقیماً توسط مأمور اجرا و یا خود متعهدله اجرا گردد (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۲۵۳). مانند اینکه عین مورد معامله تخلیه و تسلیم خریدار شود و یا از محل فروش اموال مدیون بدهی او را بپردازند. (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۴، ۱۲۶) در فقه اسلامی نیز در مورد پرداخت دین عنوان قاعده اجبار حاکم (الحاکم ولی الممتنع) به کار رفته است (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۲۹). بدین صورت که اگر شخصی متعهد باشد که مالی را تسلیم کند و امتناع کند، حاکم ابتدا وی را اجبار می‌کند که آن مال را تسلیم کند. بنابراین، در فقه نیز اجبار متعهد از طریق حاکم به طور مستقیم پیش‌بینی شده است (اصفهان‌ای، بی تا: ج ۵، ۱۹۲، شهید ثانی، ۱۴۱۴ ق: ج ۴، ۱۲۷، یزدی، همان). گفته شد که اجبار مستقیم، در مرحله بعد از اجرای اختیاری و قبل از اجرای غیر مستقیم (اجبار مالی یا بدنی به ایفاء بدل تعهد) قرار دارد. در حقوق ایران مطابق ماده یک قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳: «هر کس به موجب حکم دادگاه به

دادن هر نوع مالی به دیگری محکوم شود و از اجرای حکم خودداری کند، هرگاه محکوم به عین معین باشد آن مال أخذ و به محکوم‌له تسلیم می‌شود و در صورتی که ردّ عین ممکن نباشد یا محکوم به عین معین نباشد اموال محکوم علیه با رعایت مستثنیات دین و مطابق قانون اجرای احکام مدنی و سایر مقررات مربوط، توقیف و از محل آن حسب مورد محکوم به یا مثل یا قیمت آن استیفاء می‌گردد». همچنین، مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ ق.م. در باب نحوه الزام به اجرای شرط فعل، به حق فسخ ناشی از عدم امکان الزام به اجرای عین تعهد اشاره کرده است. مفاد این مواد در تعهدات اصلی (نه در ضمن عقد) نیز قابل اجراست. مواد ۴۱ و ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱ نیز به این موضوع اشاره دارد.

در اصول اروپایی و اصول یونیدخوا نیز هر چند برای اجبار مستقیم به اجرای تعهد از لفظ «دادگاه» استفاده نشده، اما در بند یک ماده ۹:۱۰۱ اصول اروپایی و ماده ۱-۲-۷ اصول یونیدخوا هر دو مقرر می‌دارند: «در صورت کوتاهی متعهد به پرداخت پول، طرف دیگر می‌تواند الزام به پرداخت را مطالبه کند»، لفظ «مطالبه»، حاوی این مطلب است که متعهدله نخست باید اجرای تعهد را از متعهد مطالبه کند و در صورت امتناع، حق دارد برای اجبار به دادگاه رجوع نماید. در چارچوب مشترک نیز به خاطر بدیهی بودن الزام به اجرا از طریق دادگاه از لفظ «حکم دادگاه» برای الزام استفاده نشده است اما الزام به اجرا در مواد ۳:۳۰۱ و ۳:۳۰۲ مقرر شده است. در حقوق ایران جز در موارد استثنایی لزومی ندارد که متعهدله ابتدا اجرای عین تعهد را از متعهد مطالبه کند بلکه صرف اثبات عدم اجرای تعهد در مهلت تعیین شده یا مهلت عرفی کافی است تا دادگاه به خواسته وی رسیدگی کند.

۲-۳. اجبار غیر مستقیم متعهد

در صورتی که امکان الزام متعهد به صورت مستقیم وجود نداشته باشد، جهت الزام غیر مستقیم متعهد: ۱- الزام مالی مدیون ۲- حبس مدیون مطرح می‌گردد:

۱-۲-۳. الزام مالی مدیون

هرگاه متعهد باید کاری انجام دهد ولی از انجام آن امتناع کند و شخص دیگری نیز نتواند تعهد را اجرا کند، ممکن است دادگاه بخواهد برای وادار کردن وی جهت اجرای تعهد، علاوه بر خسارت تأخیر و خسارت عدم تأدیه (بر حسب مورد)، اجرائیه صادر کرده و ضمن آن بطور مستمر پیش‌بینی

مقداری پول را به عنوان «جریمه مالی»^۱ به ازاء هر روز تأخیر بنماید. در باب امکان این امر و ماهیت آن اختلاف وجود دارد. این اجبار که «آسترن» نامیده می‌شود در رویه قضایی فرانسه (Von Mehren, 1976, p.15-17, Kupelyants, 2012: p.25) و به تبع آن قانون مدنی مصر (بند ۱ ماده ۲۱۳) و کشورهای هم‌خانواده، پذیرفته شده است. (در مصر تحت عنوان «غرامت تهدیدی»، سنهوری، ۱۹۹۸م: ج ۲، ۸۰۴-۸۱۸). همچنین برخی از کشورها مانند ایتالیا و روسیه نیز این نوع اجبار غیر مستقیم را از حقوق فرانسه وام گرفته‌اند (ماده ۶۱۴ آ.د.م. ایتالیا) (Ferrari & Bocharova, 2015: p.9) آلمان نیز جریمه مالی را مقرر کرده است. (Kupelyants, 2012: p.16) این جریمه لزوماً به اندازه زیان نیست بلکه وسیله‌ای برای فشار بر مدیون است لذا ماهیت آن حکومتی است نه از باب این که حاکم به جانشینی مدیون، دین او را بپردازد. (جوهری، ۱۴۳۵ق: ۴۶) در حقوق ایران گفته‌اند چون نفع حاصل از این الزام مالی (مستمر ولی موقت) به خزانه دولت نمی‌رود بلکه برای متعهدله حاصل می‌شود، نمی‌توان آن را «جریمه مالی» دانست. (علی‌احمدی، ۱۳۷۵: ۲۵۴) از این رو برخی ماهیت الزام مالی مدیون را «خسارت تأخیر در انجام تعهد» شمرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۸۴) اما بعضی هم آن را «جریمه مالی» دانسته (شریعتی، ۱۳۴۳: ۵۲) یا گفته‌اند جریمه مالی که برای متعهد از طرف دادگاه تعیین شود را نباید خسارت تأخیر اجرای حکم دانست، چرا که بر خلاف خسارت تأخیر تأدیه، در جریمه تأخیر هدف این نیست که ضرر وارده به طلبکار با تعیین مبلغی به اندازه زیان وارده جبران شود بلکه هدف تنها اجبار محکوم علیه است. همچنین جریمه مالی متفاوت از جزای نقدی است، چرا که جریمه مالی به محکوم له داده می‌شود. از سوی دیگر جزای نقدی، کیفر قاطع عملی است که در گذشته رخ داده ولی جریمه مالی ناظر به آینده نیز هست، موقت است و چهره تهدید کننده دارد. پس باید آن را نوعی «جریمه خصوصی» دانست که به سود محکوم له مقرر می‌شود و هدف آن اجبار است نه مجازات (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۴، ۱۳۷-۱۳۸).

در حقوق کنونی ایران، قانونی «عام» در مورد الزام مالی مدیون وجود ندارد چرا که ماده ۷۲۹ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ که مقرر می‌داشت: «در مواردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز بوسیله شخص متعهد ممکن نیست دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله در حکم راجع به اصل دعوا یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن

مدت اجرا نکند، مبلغ مذکور را برای هر روز تأخیر به محکوم له بپردازد؛ منسوخ شده و در ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ نیز چنین مقرره‌ای وجود ندارد و تبصره ماده ۴۷ ق.ا.ا.م که بیان می‌دارد: «در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد، مطابق ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی انجام خواهد شد» نیز منتفی خواهد بود، زیرا پیرو نسخ ماده ۷۲۹ این تبصره نیز نسخ خواهد شد (شهیدی، ۱۳۸۹: ج ۱۸۷، ۳). اما در مقابل، عده‌ای (مهاجری، ۱۳۷۳: ۱۸۶، کاتوزیان، ۱۳۸۷: ج ۴، ۱۲۶) بر این عقیده‌اند که تبصره ماده ۴۷ ق.ا.ا.م حکم مقرر در ماده ۷۲۹ را به عنوان قسمتی از قانون اجرای احکام مدنی قرار داده است و برای رعایت اختصار تنها به ذکر ماده اکتفا شده است پس می‌توان از این تبصره برای الزام مالی مدیون استفاده کرد.

به نظر می‌رسد با آنکه جریمه‌ی مالی (که وجه آن به متعهدله می‌رسد) نه در تعزیرات جای دارد و نه مانند وجه التزام در قصد و اقدام طرفین بر معامله گنجانده شده است، اما از نظر مبنای شرعی می‌توان آن را از باب حکم حکومتی برای جلوگیری از اختلال نظام اقتصادی پذیرفت. (نک. خورسندیان و شرعی، ۱۳۹۶: ۲۱۶، ۲۴۶-۲۴۸) و در این صورت جریمه باید به صندوق دولت واریز شود اما سخن کسانی که وجود چنین رویکردی را در قوانین کنونی ایران نفی می‌کنند درست‌تر است. اما اگر الزام مالی از باب خسارت تأخیر تأدیه و عدم‌النفع باشد (که در این صورت ماهیتی متفاوت دارد) می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد. نگاهی به ظاهر ماده ۶ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ به عنوان یک قانون خاص، نشان می‌دهد که قانونگذار «جریمه تأخیر» را از باب خسارت تأخیر تأدیه به عنوان یکی از ضمانت‌های اجرای تعهدات پیش فروشنده مقرر کرده است زیرا در این قانون به «اجرت المثل بخش تحویل نشده» تصریح شده است. شایان ذکر است به دلیل حمایتی بودن این قانون، امکان توافق طرفین به پرداخت مبلغی کمتر از میزان تعیین شده در این ماده از سوی قانونگذار وجود ندارد (ابهری؛ تقی‌پور، ۱۳۹۴: ۱۱).

معتقدان به جریمه مالی شرایطی را برای تعیین «جریمه‌ی مالی» توسط دادگاه برشمرده‌اند:

نخست: متعهدله برای صدور حکم جریمه مالی اقامه دعوا کند (ابراهیم سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۳۳۷) و رسیدگی ماهوی از سوی دادگاه صورت گیرد. دوم: اجرای عین تعهد برای متعهد (محکوم علیه) ممکن باشد. (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۴۴ و ۴۵). بنابراین جایی که مبیع در نتیجه تقصیر متعهد تلف شده یا به دیگران انتقال یافته نمی‌توان از اجبار مالی استفاده کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۴، ۱۴۴) سوم: امکان اجرای مستقیم نباشد. این شرط از جمع ماده ۴۷ و تبصره آن حاصل می‌شود. محکوم علیه

نخست با صدور اجرائیه و دادن مهلت، به اجرای تعهد محکوم می‌شود و اگر این اجبار مؤثر نیفتاد، جریمه مالی آغاز می‌شود. در ماده ۷۲۹ ق.آ.د.م قدیم نیز همین مورد به عنوان شرط پرداخت جریمه آمده بود بنابراین، دادگاه نمی‌تواند بدین استدلال که پرداخت جریمه، وسیله‌ای مؤثرتر است یا از ناهنجاری اجبار مستقیم می‌کاهد، درباره تعهدی که قابل اجراست به اجبار مالی بپردازد. (همان: ۱۴۵) چهارم: فقط مدیون بتواند تعهد را انجام دهد. جمله آغازین ماده ۷۲۹ ق.آ.د.م قدیم که مقرر می‌داشت: «در مواردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز بوسیله شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه می‌تواند به درخواست متعهد...» بیان‌گر این است که صدور حکم به اجبار مالی فقط در تعهدات قائم به شخص مجراست. وقتی که انجام تعهد توسط ثالث و به هزینه متعهد امکان‌پذیر است، اجبار مالی امکان ندارد. بنابراین، دادگاه برای صدور حکم اجبار مالی، با بررسی جوانب باید به این نتیجه رسیده باشد که انجام تعهد جز توسط متعهد ممکن نیست. پنجم: حکم به اجبار مالی در تعهدات پولی کاربرد ندارد و ویژه‌ی تعهدات غیرپولی است زیرا دادن پول از جمله تعهداتی نیست که انجام آن فقط از عهده‌ی متعهد برآید. در صورتی که امکان اجرای تعهد توسط شخص ثالث وجود داشته باشد، اجبار مالی موضوعیت پیدا نمی‌کند.

اجبار مالی در ماده ۴-۲-۷ اصول یونیدغوا نیز مورد پذیرش واقع شده است. در این ماده می‌خوانیم: «۱- هنگامی که دادگاه خطاب به یک طرف، قرار اجرای تعهد را صادر کند، می‌تواند مقرر کند که طرف مزبور در صورت عدم رعایت مفاد قرار، جریمه مالی بپردازد. ۲- جریمه به طرف زیان دیده پرداخت می‌شود مگر اینکه در مقررات امری قانون مقرر رسیدگی، به نحوی دیگر مقرر شده باشد. پرداخت جریمه به طرف زیان‌دیده، مانع از مطالبه‌ی خسارت نمی‌شود». تجربه نشان داده است که در برخی نظام‌های حقوقی، تهدید به جریمه مالی برای انجام ندادن تعهد، مؤثرترین تضمین برای اطاعت از احکام مبتنی بر دستور اجرای تعهدات قراردادی است. اما در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی، این ضمانت اجرا به این دلیل مقرر نمی‌شود که موجب مزاحمت و مداخله‌ی غیر قابل قبول در آزادی‌های شخصی تلقی می‌شود. در ماده فوق، راهی بینابین انتخاب شده است (اخلاقی و امامی، ۱۳۸۵: ۳۹۶). نکته دیگر آنکه در انتهای ماده یاد شده در این سند روشن می‌شود که ماهیت جریمه مالی، خسارت نیست.

در چارچوب مشترک و اصول اروپایی وضعیت به گونه‌ای دیگر است. در هیچ کدام از مواد چارچوب مشترک و اصول، اثری از اجبار مالی دیده نمی‌شود. حتی در پاراگراف سوم از بند ۲ ماده

۹:۱۰۲ اصول که در مورد موانع الزام به اجرای عین تعهد در تعهدات غیر پولی است مقرر شده: «ایفاء تعهد مبتنی بر تأمین خدمات به مباشرت شخص متعهد باشد یا اینکه به روابط شخصی بستگی داشته باشد».

بنابراین، در اصول اروپایی اگر تعهدی مبتنی بر مباشرت شخص متعهد باشد، الزام به اجرای عین تعهد و همچنین اجبار مالی (جریمه تأخیر) نیز منتفی خواهد بود. مفسران اصول، دلیل آن را این چنین بیان کرده‌اند که: وقتی اجرای تعهد، خصلتی شخصی دارد، الزام به اجرای عین تعهد به معنی مداخله در آزادی شخص متعهد خواهد بود. ثانیاً؛ الزام به اجرای تعهد اغلب به کیفیت آن صدمه می‌زند، چرا که متعهد با طیب نفس آن را انجام نمی‌دهد و کیفیت کار هرگز مورد رضایت طلبکار قرار نخواهد گرفت. همچنین نظارت بر اجرای یک تعهد کاملاً شخصی، ممکن است به بروز مشکلات عملی غیر قابل حل منجر شود. اگر تعهد قابل واگذاری نیابتی نباشد و به مهارت‌های فردی دارای ماهیت هنری یا علمی نیاز داشته باشد یا اگر دربرگیرنده‌ی ارتباطات محرمانه و شخصی باشد اجرای تعهد، خصلتی منحصراً شخصی دارد (Busch & et. Al, 2002: p.352-353). مثلاً تعهد یک شرکت مهندسان معمار برای طراحی یک ردیف از ده خانه مشخص را می‌توان به طور مشخص الزام کرد، چرا که شرکت می‌تواند کار مزبور را به یکی از شرکایش واگذار کند. برعکس تعهد یک معمار دارای شهرت جهانی برای تهیه ساختمانی جدید برای شهرداری که تجسم ایده‌ی یک شهر قرن بیست و یکم باشد، قابل الزام نیست، چرا که این تعهد منحصر به فرد و نیازمند اعمال مهارت‌هایی بسیار خاص است (اخلاقی و امامی، ۱۳۸۵: ۲۶۶). همچنین، امضای یک سند، خصلتی شخصی ندارد، زیرا تعهد به امضای سند عملی است که نماینده دادگاه می‌تواند آن را انجام دهد (varul, 2008, p.108).

۳-۲-۲. حبس مدیون

ابزاری دیگر که برای الزام غیر مستقیم متعهد وجود دارد، حبس متعهد است. از نظر تاریخی، اجبار بدنی مدیون در حقوق روم وجود داشته و ناقض تعهد، به بردگی و حتی قتل محکوم می‌شده، چون نقض تعهد از جمله جرایم علیه اشخاص بوده است. بعدها این حکم وارد حقوق فرانسه شد. اما پس از چندی این روش متروک شد و به جای آن برای متعهدله حق زندانی کردن بدهکار در زندان خصوصی و یا به کار گماردن او شناخته شد سپس زندان خصوصی جای خود را به بازداشتگاه

عمومی داد. اما این روش نیز رفته رفته اقدامی خلاف احترام به شخصیت انسانی به شمار رفت و امروزه دیگر اجبار بدنی برای خواهان خصوصی جایز نیست (سنهوری، ۱۹۹۸م: ج ۲، ۸۰۰-۸۰۱). در کشورهای عربی مانند مصر (همان: ۸۰۰) و لبنان (سلطان، ۱۹۷۴م: ج ۲، ۵۶، ابراهیم سعد، ۱۹۹۸م: ج ۲، ۲۷) نیز حبس متعهد برای اجرای تعهد پذیرفته نشده است. در فقه اسلامی هم بر اساس آیه شریفه «و إن كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلی مَیسْرَةٍ» (بقره / ۶۱)، حبس مدیون معسر روا نیست، فقه اسلامی از دیرباز با تاسیس مفهوم «ذمه» جسم و شخصیت فرد را از تعهدات او جدا کرده است. بازداشت مدیون در صورتی جایز است که اعسار نداشته باشد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق ج ۱، ۳۰ و ۳۱، علامه حلی، بی تا: ج ۲، ۵۸، نجفی، بی تا: ج ۲۵، ۳۵۳، شهید ثانی، بی تا: ج ۴، ۱۲۷).

در حقوق ایران، بازداشت اشخاص در اجرای تعهدات پیش‌بینی شده است. در گذشته ماده ۳ قانون «نحوه اجرای محکومیت‌های مالی» ۱۳۵۱ حبس مدیون را پیش‌بینی کرده بود اما قانون «منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی» ۱۳۵۲ آن را ملغی کرد. به موجب این ماده واحده جز در مورد جزای نقدی، هیچ کس در قبال عدم پرداخت دین و محکوم به و تخلف از انجام سایر تعهدات و الزامات مالی توقیف نمی‌شد. اما با توجه به مشکلات ناشی از وضع چنین قانونی، مقرر شده نسخ و ماده ۲ قانون «نحوه اجرای محکومیت‌های مالی» مصوب ۱۳۷۷ جایگزین آن گردید. در نهایت با نسخ قانون اخیر، در حال حاضر ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ اجرا می‌گردد. مطابق این ماده: «اگر استیفای محکوم به از طرق مذکور در این قانون ممکن نگردد محکوم علیه به تقاضای محکوم له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محکوم له حبس می‌شود. چنانچه محکوم علیه تا سی روز از تاریخ ابلاغ اجراییه ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود دعوای اعسار خویش را اقامه کرده باشد حبس نمی‌شود مگر اینکه دعوای اعسار مسترد یا به موجب حکم قطعی رد شود».

بنابراین با دو شرط، مدیون تا زمان تأدیه دین خویش محکوم به حبس خواهد شد. نخست: محکوم له از دادگاه تقاضای حبس او را نموده باشد. دوم: مدیون در مهلت مقرر دعوای اعسار خویش را اقامه نموده و یا نتواند اعسار خویش را اثبات کند. رویه محاکم در تفسیر ماده فوق آن است که اصل را بر ملائت مدیون می‌گذارند مگر آن که مدیون اعسار خود را اثبات کند. به نظر می‌رسد بر اساس آیه شریفه و پیشینه فقهی و ظاهر ماده فوق باید گفت زمانی دادگاه امکان حبس مدیون را دارد که «معسر نبودن» او احراز گردد و از این طریق از بازداشت‌های ناروا کاسته می‌شود.

اما قانون اصل را بر ملاتت اشخاص گذاشته و لذا طرح دعوی اعسار و اثبات معسر بودن را بر عهده مدیون گذاشته است.

گرچه حبس مدیون در برخی قوانین اروپایی مانند آلمان طرح شده (Kupelyants, 2012: p.28, article 888, C.P.C.) اما در هیچ‌یک از اصول اروپایی، اصول یونیدخوا و چارچوب مشترک، به حبس مدیون در قبال عدم انجام تعهدات قراردادی اشاره نشده است. امروزه در اکثر قانونگذاری‌ها با این توجیه که تنها اموال مدیون در برابر تعهدات او قرار می‌گیرد نه جسم او و به این دلیل که آنچه مهم است حصول حقوق دائن است که آن هم با حبس مدیون فراهم نمی‌شود، الزام بدنی مدیون را از قوانین خود حذف کرده‌اند (ابراهیم سعد، ۱۹۹۸م: ج ۲، ۳۷) قانونگذار ایران نیز هرچند در برهه‌ای از تاریخ، به این امر متمایل شد اما در نهایت نتوانست از چنین ضمانت اجرای مهمی چشم‌پوشی کند. با این حال اگر در بازار معاملات تجاری ایران تضمینات کافی دیگری برای وفای به عهد رایج شود چنین رویکردی قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد.

۴. موانع اجرای عین تعهد

این قسمت به بررسی مواردی می‌پردازد که به دلایل مختلف دادگاه از صدور رأی به الزام متعهد به اجرای عین تعهد خودداری می‌کند. برخی از این موانع و محدودیت‌ها در اصول اروپایی و اصول یونیدخوا ذکر شده و در حقوق ایران بدین نحو مورد اشاره قرار نگرفته‌اند، اما می‌توان اکثر آنها را به علت عقلایی بودن و عدم منع قوانین، قابل اعمال دانست. به اعتقاد مفسرین اصول اروپایی، بخش استثنائات یا موانع الزام به اجرای عین تعهد، از حقوق کامن‌لا نشأت گرفته است (Busch p.352, & et. Al, 2002). نظری که احتمال می‌رود در مورد اصول یونیدخوا نیز صادق باشد.

۴-۱. قوه قاهره و غیر ممکن شدن اجرا

در مورد تعهداتی که به دلیل قوه قاهره انجام عین آنها غیر ممکن شده باشد دادگاه نمی‌تواند دستور به اجرای عین تعهد را صادر کند (ابراهیم سعد، ۱۹۹۸م: ج ۲، ۲۹). در این صورت، متعهدله حق مطالبه ایفای عین تعهد و حق طرح دعوا برای جبران خسارت را از دست می‌دهد. این موضوع بویژه در مواردی که انجام تعهد «عملاً غیرممکن» می‌شود، مصداق پیدا می‌کند. همچنین موردی که انجام عملی بوسیله قانون ممنوع می‌شود (لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ۵۵۳). مثلاً ممنوع شدن صدور

مجاز برای واردات کالایی خاص که بر طبق قانون داخلی در زمان خاصی تصویب شود بر بقاء قرارداد تأثیر می‌گذارد و باعث می‌شود که مسأله قابل الزام بودن اجرای تعهد را نتوان مطرح کرد (Lando, 2001, p.366). در حقوق ایران بر اساس مواد ۲۲۷ الی ۲۲۹ ق.م.ا. اگر اثبات شود علت اصلی عدم اجرا و نقض قرارداد، متعهد نبوده است بلکه یک علت خارجی که مربوط به او نیست سبب اصلی نقض بوده، متعهد محکوم به پرداخت خسارت نمی‌شود. در کامن لا به جای فورس مازور مواردی تحت عنوان انتفای قرارداد (frustration) یا عدم امکان (impossibility) و یا (Change of circumstances) مطرح می‌گردد. این نهادها از لحاظ نظری با نهاد فورس مازور متفاوتند و بویژه قلمروی وسیع‌تر دارند، با این حال، کشورهای کامن لا با استفاده از این نظریات به نتایجی می‌رسند که کم و بیش مشابه نتایج حاصل از فورس مازور است (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۱۴ و ۱۱۵).

در بند الف ماده ۲-۲-۷ اصول یونیدگوا نیز به عنوان یکی از استثناءهای حق الزام متعهد به اجرای عین تعهد موردی ذکر شده است که: «اجرای تعهد از نظر حقوقی یا عملی غیرممکن باشد». در بند یک ماده ۷-۱-۷ اصول مذکور نیز تحت عنوان «قوه قاهره» آمده است: «عدم اجرای تعهد از سوی یک طرف قرارداد، در صورتی معذور است که طرف مزبور ثابت کند عدم اجرای تعهد به دلیل وجود مانعی فراتر از کنترل وی بوده و در زمان انعقاد قرارداد، بطور متعارف انتظار نمی‌رفته است که مانع مزبور به حساب آورده شود یا از آن یا از نتایج آن اجتناب شود یا بر آن مانع یا نتایج آن غلبه شود» (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۲۶۰).

در قانون یکنواخت آمریکا هم مواد ۶۱۴/۲ تا ۶۱۶/۲ از «غیر عملی شدن تجاری» و «غیر ممکن شدن» سخن رفته است. بند ۲ و ۳ ماده ۳۲۶ قانون مدنی آلمان نیز در کنار «غیر ممکن شدن عملی» از «غیر ممکن شدن اخلاقی» سخن گفته است. (امینی - حقانی، ۱۳۹۳: ۱۱) همچنین معافیت از اجرا را در حالتی پذیرفته که «اجرا به صورت فاحش نامتناسب باشد». (Kupelyants, 2012: p.27-2) (article 275) قانون مدنی فرانسه در اصلاحات جدید سال ۲۰۱۶ در ماده ۱۳۵۱ تنها «غیر ممکن شدن» را افزود. (Cartwright, 2016, p.47) اسناد نیز غیر ممکن شدن عملی را پذیرفته‌اند.

در اصول اروپایی نیز در پاراگراف الف از بند ۲ ماده ۹:۱۰۲ به عنوان یکی از استثناءهای حق الزام متعهد به اجرای عین تعهد آمده است: «اجرای عین تعهد نمی‌تواند در مواردی که ایفای تعهد غیر ممکن یا غیر قانونی باشد حاصل شود». در بند یک ماده ۸:۱۰۸ نیز تحت عنوان «عذر موجه» می‌خوانیم: «عدم ایفاء تعهدات قراردادی توسط شخص متعهد در صورتی موجه است که ثابت کند

عدم اجرا به علت مانعی خارج از کنترل او بوده و بطور متعارف در زمان انعقاد قرارداد، انتظار نمی‌رفته که این مانع قابل پیش‌بینی باشد یا اینکه آن مانع یا پیامدهای مربوط بدان رفع شود یا بر آنها غلبه شود».

با توجه به این مواد باید گفت فورس ماژور از نظر اصول اروپایی باید دارای چهار شرط باشد: ۱- مانع برطرف نشدنی ۲- خارج از دایره کنترل متعهد باشد ۳- متعهد انتظار وقوع آن را نداشته باشد ۴- در زمان انعقاد قرارداد عرفاً انتظار نمی‌رفته که متعهد بتواند بر آن مانع خارجی یا بر آثار و نتایج آن غالب شود. (Busch, & et. Al, 2002, p.342).

مطابق بند ۲ ماده ۸:۱۰۱ اصول اروپایی: «زمانی که عدم ایفاء تعهدات توسط یکی از طرفین، مطابق ماده ۸:۱۰۸ موجب باشد، طرف متضرر می‌تواند به هر یک از شیوه‌های جبران خسارتی که در فصل نهم آمده است، به غیر از طرح دعوا برای اجرای عین تعهد و طرح دعوا برای جبران خسارت متوسل شود». مثلاً می‌تواند از تقلیل ثمن، حق حبس و حق فسخ استفاده کند. مفاد بند مذکور در بند ۴ ماده ۷-۱-۷ اصول یونیدگوا نیز دیده می‌شود.

در چارچوب مشترک نیز مطابق بند ۳ ماده ۳:۳۰۲ غیر ممکن شدن و غیر قانونی شدن، از استثنای قاعده الزام به اجرای تعهدات پولی است. در این سند عبارت فورس ماژور نیامده اما در ماده ۳:۱۰۴ تحت عنوان «عذر به دلیل یک مانع» همان شرایط فورس ماژور را مطرح می‌کند. در ماده ۳:۱۰۱ حق مطالبه خسارت نیز در مورد عذر دائم منتفی شده است. در مورد عذر موقت نیز در صورتی باید خسارت پرداخت گردد که متعهد بعد از آگاه شدن اختاریه‌ای مبنی بر وجود مانع و اثر آن روی توانایی وی برای اجرای تعهد، نداده باشد (بند ۵ ماده ۳:۱۰۴).

بنابراین چه در حقوق ایران و چه در اسناد خارجی، در صورت اثبات فورس ماژور از سوی متعهد دو معافیت برای او حاصل خواهد شد: ۱- معافیت از اجرای اصل تعهد ۲- معافیت از پرداخت خسارت. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که میزان این معافیت‌ها با میزان و چگونگی نفوذ و تأثیر قوه قاهره بر قرارداد رابطه مستقیم دارد. مثلاً اگر تعهد موجود در قرارداد از نوع وحدت مطلوب باشد و قوه قاهره در زمان معین قراردادی بوجود آید، معافیت‌ها کلی خواهد بود اما اگر تعهد موصوف، از نوع تعدد مطلوب باشد، به دلیل اینکه اجرای قرارداد برای زمان بعد امکان‌پذیر است، قوه قاهره متعهد را تنها در زمان اول از اجرای تعهد معاف می‌کند. همچنین متعهد تنها برای تأخیری که در اجرای قرارداد داشته از خسارت معاف می‌گردد و تأخیر یا عدم اجرای بعدی شامل

معافیت نخواهد بود (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۱۴۱). به همین دلیل است که بند ۲ ماده ۸:۱۰۸ اصول اروپایی مقرر می‌دارد: «زمانی که این مانع یا عامل بازدارنده موقتی باشد، عذر موجهی که در این ماده مقرر شده است، برای مدت زمانی که آن مانع وجود دارد مؤثر خواهد بود. با این حال اگر تأخیر به اندازه‌ای باشد که باعث عدم ایفاء اساسی مفاد قرارداد محسوب شود، متعهد می‌تواند همان گونه با آن برخورد کند». به نظر می‌رسد که عبارت اول از این بند بیانگر تعهدات از نوع تعدد مطلوب باشد و عبارت دوم بیانگر تعهدات از نوع وحدت مطلوب. در این رابطه بند ۲ ماده ۷-۱-۷ اصول یونیدخوا چنین مقرر داشته: «در صورتی که مانع فقط موقتی باشد، عذر موجه، با در نظر گرفتن اثر مانع مزبور بر اجرای تعهدات قراردادی، برای مدت زمانی متعارف قابل قبول خواهد بود» (اخلاقی و امامی، ۱۳۸۵: ۲۵۸).

بند ۴ ماده اصول اروپایی ۹:۳۰۳ نیز مقرر می‌دارد: «اگر یک طرف قرارداد مطابق ماده ۸:۱۰۸ به واسطه عامل بازدارنده‌ای که مطلق و دائمی باشد، عذر موجهی برای اجرای تعهدات قراردادی داشته باشد، قرارداد خود به خود و بدون دادن اخطاریه در زمانی که عامل بازدارنده بوجود می‌آید، خاتمه می‌یابد». با توجه به این بند باید اثر سومی نیز برای قوه قاهره قائل شد و آن اینکه در مواردی که مانع همیشگی و دائمی باشد قرارداد خود به خود منفسخ می‌شود. در سایر موارد (مخصوصاً در مواردی که مانع جزئی یا موقتی باشد)، رویه معمول اعمال می‌شود. یعنی برای خاتمه قرارداد، عدم اجرای اساسی آن (در قراردادهای از نوع وحدت مطلوب) لازم است (Busch, & et. Al, 2002, p.342). پس مانع عامی که منتهی به نقض اساسی قرارداد گردد می‌تواند چنین نتیجه‌ای در پی داشته باشد. در هر حال، در صورت خاتمه قرارداد، دیگر مجالی برای اصلاح شروط ضمن قرارداد وجود ندارد و همچنین طرفین تعهدی ندارند که مجدداً راجع به اصلاح قرارداد با همدیگر مذاکره کنند (lando, 2001, p.360). بند ۳ ماده ۸:۱۰۸ اصول اروپایی و بند ۲ ماده ۷-۱-۷ اصول یونیدخوا و بند ۵ ماده ۳:۱۰۴ چارچوب مشترک، وظیفه‌ای به عهده متعهد نهاده‌اند و آن اینکه «طرفی که تعهداتش را به خاطر فورس ماژور ایفاء نکرده باید ثابت کند که اطلاعیه‌ای حاوی وجود مانع یا عامل بازدارنده و تأثیرات آن بر توانایی اجرای تعهدات قراردادی توسط طرف دیگر در مدت زمان متعارف پس از اینکه طرفی که تعهداتش را اجرا نکرده، این شرایط را می‌دانسته یا بایستی می‌دانست، ارسال کرده باشد». شاید مسأله‌ی اعلان قوه قاهره در قراردادهای داخلی مهم نباشد اما در قراردادهای بین‌المللی می‌تواند دارای اهمیتی خاص باشد زیرا ممکن است یک طرف از اینکه طرف دیگر که در کشور

دیگری است و در عدم اجرای قرارداد مواجه با قوه قاهره است، بی اطلاع بوده و اقداماتی را به عمل آورد که در صورت آگاه بودن از وقوع قوه قاهره یا حادثه منتهی کننده به عمل نمی‌آورد و خسارت کمتری متحمل شود (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۱۲۱). اصل حسن نیت در اجرای قرارداد و اجرای منصفانه ایجاب می‌کند که طرفی که در حالت قوه قاهره قرار می‌گیرد وضعیت را به طرف دیگر اعلام کند (Busch, & et. Al, 2002, p.342). در حقوق ایران، نمی‌توان به صرف عدم آگاه کردن طرف مقابل از قوه قاهره، متخلف را دارای سوء نیت دانسته و از دفاع قوه قاهره محروم کرد، زیرا نه نص قانونی در این خصوص وجود دارد و نه توافق طرفین. ندادن آگهی نسبت به وجود قوه قاهره، در واقع ترک فعلی است که خود به خود نمی‌تواند موجب مسئولیت مدنی باشد و نیاز به مجوز قانونی یا تعهد قراردادی (توافق) دارد (امامی، ۱۳۶۳: ج ۱، ۳۹۰-۴۱۱؛ نیکبخت، ۱۳۷۶: ۱۲۲). بنا بر این در فرضی که زیان به قوه قاهره مستند گردد تسبیب ناشی از ترک فعل صدق نمی‌کند.

۴-۲. دشواری اجرای عین تعهد

دشواری شدن اجرای تعهد در ماده ۱۴۶۷ ق.م. ایتالیا، ماده ۲۵۸ ق.م. هلند و ماده ۷۹ کنوانسیون بیع، همچنین در ماده ۶۱۵-۲ UCC مورد توجه قرار گرفته است (Lando, 2001, p.108). اما این وضعیت با قوه قاهره متفاوت است. طبق قاعده کلی مندرج در بند ۱ ماده ۱۱۱:۶ اصول اروپایی: «طرف قرارداد ملزم است تعهداتش را انجام دهد، حتی اگر اجرای آن بسیار دشوار باشد، خواه هزینه اجرای تعهد افزایش یافته یا اینکه ارزش اجرای تعهد کاهش یافته باشد». اما طبق بند ۲ ماده یاد شده: «اگر اجرای قرارداد به خاطر تغییر اوضاع و احوال، بیش از اندازه دشوار و طاقت فرسا باشد، طرفین ملزم هستند در رابطه با تعدیل قرارداد یا خاتمه دادن به آن وارد مذاکره شوند». چرا که با توجه به قسمت «ب» از بند ۲ ماده ۱۰۲:۹ اصول اروپایی در صورتی که ایفای تعهد منجر به «صرف هزینه یا کار و تلاش غیر متعارف» برای متعهد شود، مطالبه عین آن ممنوع خواهد بود. البته به شرطی که این تغییر اوضاع و احوال توسط خود متعهد حاصل نشده باشد و در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نباشد و همچنین این تغییر پس از انعقاد قرارداد حادث شده باشد (قسمت اخیر بند ۲ ماده ۱۱۱:۶ اصول). اگر شرایط فوق حاصل باشد طرفین متعهدند که قرارداد را تعدیل نمایند یا به آن خاتمه دهند. همین شرایط در چارچوب مشترک نیز وجود دارد. (ماده ۱:۱۱۰) باید توجه داشت که سختی نامتعارف تنها شامل امور مالی نمی‌شود بلکه تلاش نامتعارف و فشار ناروا را هم در برمی‌گیرد. هیچ

قاعده کلی و قطعی در این مورد نمی‌توان ارائه داد اما به عنوان راه حلی موردی می‌توان گفت: اگر طلبکار بتواند تعهد مورد نظر را به آسانی از منبعی دیگر فراهم کند و هزینه‌های متحمل شده را از بدهکار مطالبه کند، در این صورت اجرای عین تعهدی که منجر به صرف هزینه یا تلاش نامتعارف برای متعهد شود، از طرف متعهدله نباید مورد پذیرش قرار گیرد (varul, 2008, p.108). چرا که مطالبه عین تعهد در این صورت خلاف حسن نیت و رفتار منصفانه خواهد بود (et. Al, 2002, & Busch, p.286-368). برای مثال در طوفانی شدید، یک کشتی حامل نفت در آب‌های ساحلی غرق می‌شود، هرچند بالا کشیدن کشتی از قعر دریا امکان‌پذیر است، اما اگر این کار برای مالک کشتی مستلزم هزینه‌هایی بسیار بیشتر از قیمت محموله کشتی باشد، ارسال کننده نمی‌تواند اجرای قرارداد حمل را مطالبه کند.

در اصول یونیدگوا در بند ب ماده ۲-۲-۷ (درخصوص اجرای تعهدات غیرپولی) به دشواری اجرای تعهد اشاره شده است که مطابق آن اگر اجرای تعهد یا الزام به اجرای تعهد بطور غیرمتعارف سنگین یا پرهزینه باشد در این صورت متعهدله حق الزام متعهد به اجرای عین تعهد را نخواهد داشت. در کنار این مقرر، ماده ۲-۲-۶ اصول نیز پیش‌بینی گردیده که مطابق آن: «هنگامی دشواری پیش می‌آید که بروز حوادثی، تعادل قرارداد را بطور اساسی برهم می‌زند یا هزینه اجرای تعهد در مورد یک طرف افزایش می‌یابد یا ارزش دریافتی از اجرای تعهد برای یک طرف کاهش می‌یابد و: ۱- بروز حوادث یا مطلع شدن طرف زیان‌دیده از وقوع آنها، پس از انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد ۲- در زمان انعقاد قرارداد بطور متعارف طرف زیان‌دیده نمی‌توانسته است این وقایع را مدنظر قرار دهد ۳- وقایع مزبور خارج از کنترل طرف زیان‌دیده است ۴- طرف زیان‌دیده مسئولیت احتمال خطر ناشی از وقایع را بر عهده نگرفته است». باید توجه داشت که دشواری باید از سوی دادگاه تأیید گردد و در صورت تأیید می‌تواند منتهی به «خاتمه» و یا «تعدیل» گردد. طبق بند ۴ از ماده ۳-۲-۶: «اگر دادگاه دشواری را تأیید کند در صورت متعارف و معقول بودن: الف) در تاریخی مشخص و بر مبنای شروطی که تثبیت می‌شود به قرارداد خاتمه می‌دهد یا ب) با توجه به برقراری مجدد تعادل و موازنه در قرارداد، قرارداد را تعدیل می‌کند».

در حقوق ایران چنانچه تغییر اوضاع و احوال یک قرارداد اجرای آنرا به طور کلی و یا موقت غیرممکن کند، برابر مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. متعهد اگر ثابت کند که عدم انجام تعهد بنا به علتی خارجی و غیر قابل کنترل و غیرقابل اجتناب بوده، مسئولیتی نخواهد داشت. اما منظور از دشواری

اجرای تعهد، تغییر اوضاع و احوال و بوجود آمدن شرایطی است که اجرای قرارداد را مشکل کرده و یا تعادل و توازن اقتصادی قرارداد را به هم بزند و از این جهت خسارات قابل توجهی به یکی از طرفین قرارداد وارد کند. قانون مدنی ایران در این مورد حکمی ندارد. البته در ماده ۶۵۲ این قانون در مورد متعهدی که در عسر و حرج قرار گرفته، قانونگذار به دادگاه اجازه اعطاء مهلت عادلانه و یا تقسیط می‌دهد لکن این مقرر که در باب قرض ذکر شده تنها در خصوص تعهدات پولی بوده و قابلیت تسری به تعهدات غیر پولی را ندارد. با این حال برخی کوشیده‌اند ملاک این ماده را به همه تعهدات برای تعدیل قانونی تسری دهند (صادقی مقدم، ۱۳۷۹: ۹۱-۹۳) یا به لاضرر استناد کنند (همان: ۲۱۵-۲۲۰). به نظر می‌رسد در حقوق ایران با توجه به مبانی فقهی می‌توان در شرایط دشواری و گراف شدن فراوان تعهدات از باب قواعد نفی حرج و ضرر، حق فسخ را پذیرفت، اما مبنایی برای تعدیل وجود ندارد.

۴-۳. قراردادهای خدمات شخصی

بر اساس پاراگراف «ج» از بند ۲ ماده ۹:۱۰۲ اصول اروپایی، یکی از استثنائات حق مطالبه اجرای عین تعهد آن است که: «ایفاء تعهد مبتنی بر تأمین خدمات یا عمل به مباشرت شخص متعهد باشد». همان‌طور که در قسمت «د» از ماده ۲-۲-۷ اصول یونیدگوا آمده است: «اجرای تعهد از یک مشخصه شخصی برخوردار باشد». و چارچوب مشترک در عبارتی کامل‌تر آورده است: «اجرا از چنان ویژگی شخصی برخوردار باشد که الزام به آن غیر متعارف باشد». (قسمت ج بند ۳ ماده ۳:۳۰۲) بنابراین از نظر این اسناد در قراردادهای خدمات شخصی نمی‌توان «دستور اجرای عین تعهد» را صادر نمود. در حقوق انگلستان دستوری که در این مواقع از دادگاه صادر می‌شود و جبرانی که در نظر گرفته خواهد شد، مانع از نقض تعهد است. «دستور جلوگیری از نقض تعهد» عبارت است از رأی دادگاه بر اینکه شخص نباید از انجام عملی معین که بر عهده گرفته امتناع کند. اما اگر شخص همچنان از انجام تعهد امتناع کرد دادگاه نمی‌تواند او را اجبار کند. مثلاً قرارداد نقاشی یک منظره خاص توسط نقاشی مطرح. (Teritel, 2001, p. 949) و دلیل آن را چنین بیان کرده‌اند که اجبار به انجام عین تعهد در این موارد منجر به سلب آزادی و حقوق شخصی متعهد می‌گردد (سنهوری، ۱۹۹۸: ج ۲، ۲۰۷-، Lando, 2001, p.351, Varul, 2008, p.108, Kupelyants, 2012: p.18). همچنین گفته شده که در چنین مواردی کیفیت اجرای تعهد را نمی‌توان تضمین نمود و از این اجرا

طلبکار منفعت کافی نخواهد برد (Busch, & et. Al, 2002, p.352). این مورد بیشتر در قراردادهای مستمر حادث می‌شود. مثلاً تعهد یک پزشک معروف بر اینکه تعدادی آزمایش دارویی را در روز درمان به روی بیمار (متعهدله) انجام دهد یا تعهد هنرمندی خاص جهت نواختن موسیقی یا مثلاً در قرارداد استخدام. در این موارد تقاضای اجرای عین تعهد یا حبس متعهد به منظور اجبار او برای انجام تعهداتش مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد (Iando, 2001, p.351). به هر حال باید به این نکته توجه داشت که اجرای تعهد در صورتی خصلتی کاملاً شخصی دارد که قابل واگذاری به نیابت نباشد و یا به مهارت های فردی (دارای ماهیت هنری یا علمی) نیاز نداشته باشد.

در حقوق ایران از مفاد مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ ق.م. و تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی چنین برداشت می‌شود که در مواردی که اجرای تعهد تنها جنبه مالی دارد، مانند انتقال و تسلیم مال و ساختن بنا و دادن پول، اجبار مستقیم امکان دارد اما در فرضی که تعهد قائم به شخص باشد اجبار مستقیم متعهد ممکن نیست و تنها راه آن استفاده از فشارهای مالی است (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳، ش ۵۸۶- داراب پور، ۱۳۷۹: ۳۱۵) که مبنای قابل قبولی برای آن وجود ندارد.

۴-۴. کفایت جبران از طرق دیگر (معامله جایگزین)

بسیاری از کالاها و خدمات از نوع استاندارد هستند. بدین معنا که بسیاری از عرضه کنندگان، کالا یا خدماتی یکسان را عرضه می‌کنند. اگر تعهدات مربوط به این کالاها از نوع رایج یا خدمات استاندارد اجرا نشود، بیشتر مشتریان نمی‌خواهند که وقت و توان خود را برای دریافت اجرای تعهد از طرف دیگر تلف کنند. آنها در عوض چنین کاری به بازار می‌روند و کالاها و خدمات جانشین را دریافت و برای عدم اجرای تعهد، مطالبه خسارت می‌کنند.

با توجه به این واقعیت اقتصادی، در بند «ج» ماده ۲-۲-۷ اصول یونیدگوا به عنوان یکی از موانع پذیرش تقاضای ایفای عین تعهد، آمده است: «طرف مستحق اجرای تعهد بتواند بطور متعارف، اجرای تعهد را از منشأ دیگری تحصیل کند». در پاراگراف «د» از بند ۲ ماده ۹:۱۰۲ اصول اروپایی نیز آمده است: «در صورتی که متعهدله بتواند ایفاء تعهد را از طریق دیگری به طور متعارف تحصیل کند». همچنین در پاراگراف «الف» از بند ۲ ماده اصول اروپایی ۹:۱۰۱ آمده است: «... مگر اینکه طلبکار می‌توانسته بدون صرف هزینه یا کار و تلاش قابل توجه، اجرای جایگزینی متعارف را ایفاء کند». در بند ۲ ماده ۳:۳۰۱ چارچوب مشترک نیز آمده است: در صورتی که هنوز تعهد متقابل

متعهدله جهت اینکه پول قابل پرداخت شود اجرا نشده و آشکار است که متعهد تعهد پولی تمایلی به پذیرش این اجرا ندارد متعهدله می‌تواند اقدام به اجرا کند و پول خود را دریافت کند مگر اینکه متعهدله می‌تواند معامله‌ای جایگزین بدون تلاش یا هزینه‌ای قابل توجه انجام دهد؛ لذا در این حالت، بر اساس اصل تقلیل خسارت بهترین راه حل این است که متعهدله از طریقی دیگر به خواسته خویش برسد و برای هزینه‌هایی که متحمل شده به بدهکار رجوع کند. اصرار بر اجرای عین تعهد در این حالت، که او می‌تواند بطور متعارف و بدون هزینه‌های زیاد خواسته‌اش را از منبعی دیگر تأمین کند، خلاف اصل حسن نیت خواهد بود (varul, 2008, p.109). اصطلاح «بطور متعارف» مشخص می‌سازد که صرف این واقعیت که اجرای یکسان تعهد را می‌توان از منبع و منشأ دیگری تحصیل نمود، به خودی خود کافی نیست، زیرا در اوضاع و احوال معین بطور معقول و متعارف نمی‌توان انتظار داشت که طرف زیان دیده به منبعی دیگر مراجعه کند. همچنین در مواردی که جبران پولی (خسارت) کافی باشد و یک جبران مناسب تلقی شود، دادگاه رأی به اجرای عین تعهد نمی‌دهد. در حقوق انگلیس جبران پولی (خسارت) راه آسان‌تر در نظر گرفته شده و به همین دلیل است که در این نظام حقوقی، ابتدا جبران پولی و بعد از آن اجرای عین تعهد مطرح می‌شود یعنی اولویت با خسارت است. در نقطه مقابل گفته می‌شود که ناکافی بودن و عدم کفایت خسارات باعث می‌شود تا دادگاه رأی به اجرای عین تعهد بدهد (Beatson, 1998, p.595).

در حقوق ایران مقرره‌ای در این خصوص وجود ندارد تا متعهد با استناد به آن بتواند از الزام به اجرا شانه خالی کند. به عبارت دیگر، اینکه متعهدله می‌توانسته بطور متعارف موضوع تعهد را از منبعی دیگر فراهم کند، حق متعهدله را در الزام متعهد به اجرای عین تعهدات قراردادی از بین نمی‌برد. این حکم یکی از دستاوردهای حقوق خصوصی نوین است که می‌تواند بر اساس مصلحت تقلیل خسارت در روابط تجاری مورد مذاقه قرار گیرد.

۴-۵. عدم درخواست اجرای تعهد در زمان متعارف و معقول

اجرای یک قرارداد اغلب نیازمند مقدمات ویژه از جانب متعهد است. اگر زمان اجرای تعهد سپری شده اما ذینفع تعهد پس از آگاهی از عدم اجرا یا پس از مدتی که عرفاً می‌باید آگاه می‌شد، در درخواست اجرا در مدت زمانی معقول و متعارف، کوتاهی کرده باشد، متعهد ممکن است حق داشته باشد تا فرض کند که متعهدله، اصراری بر اجرا ندارد. اگر قرار باشد به ذینفع اجازه داده شود

متعهد را در مورد درخواست اجرا در وضعیت عدم قطعیت رها کند، ممکن بود این خطر پیش آید که ذینفع بطور غیرمنصفانه و به ضرر متعهد، منتظر و مراقب تحول بازار به نفع خویش باشد اگر چیزی را که خریداری کرده ارزان شده است تقاضای اجرا ندهد و قرارداد را فسخ کند و اگر گران شده پس از مدتی عدم مطالبه به متعهد برای اجرا فشار و زیان وارد کند. به همین دلیل در بند «د» ماده ۲-۲-۷ اصول یونیدگوا به عنوان یکی دیگر از موانع الزام متعهد به اجرای عین تعهد آمده: «طرف مستحق اجرای تعهد، در مدت زمانی متعارف پس از اینکه از عدم اجرا آگاه شده یا بایستی از آن آگاه می شده است، اجرای تعهد را مطالبه نکرده باشد». همچنین مطابق بند ۳ ماده ۱۰۲:۹ اصول اروپایی: «متعهدله حقی را که برای ایفاء تعهد مقرر شده دارد از دست خواهد داد، اگر در درخواست اجرای آن در مدت زمان متعارف پس از اینکه از عدم ایفاء تعهد توسط طرف دیگر آگاه شده یا بایستی آگاه می شده، قصور ورزد». در بند ۴ ماده ۳:۳۰۲ چارجوب مشترک نیز به همین ترتیب متعهد حق الزام به اجرای تعهد را از دست می دهد و طبق ماده ۵۰۸:۳ حق فسخ را نیز از دست می دهد. این مقررره که مکمل قواعد مربوط به اختطاریه عدم مطابقت و اختطاریه مرور زمان است بدین منظور در اسناد آمده تا از سختی ناروایی که متعهد در صورت تأخیر مطالبه اجرای عین تعهد از سوی متعهدله متحمل می شود جلوگیری کند. در این مورد این متعهد است که باید ثابت کند طلبکار، اجرای عین تعهد را با تأخیر و خارج از مهلت معقول و متعارف درخواست کرده است (varul, 2008, p.109). به این نکته باید توجه داشت که این «مهلت معقول و متعارف» بستگی به نوع قرارداد و ماهیت عدم اجرا دارد. همچنین اگر طلبکار بتواند به سایر طرق جبران خسارت متوسل شود نباید حقی را که برای درخواست اجرای عین تعهد دارد از دست رفته تلقی کرد. به هر حال کوتاهی در اعلام به موقع متعهد مبنی بر تمایل به اجرای عین تعهد، منجر به این خواهد شد که متعهدله حق خود را بر مطالبه اجرای عین تعهد از دست بدهد. شبیه این مقررره در مورد فسخ قرارداد نیز در بند ۲ ماده ۳:۳۰۳ اصول اروپایی آمده است (Busch, & et. Al, 2002, p.353).

در حقوق ایران از جمع مواد ۲۲۵ الی ۲۲۷ ق.م. باید گفت: در مواردی که برای انجام تعهد، موعد تعیین گردیده، متعهد باید در مهلت تعیین شده وفای عهد کند و عدم اجرای تعهد تکلیفی را برای متعهدله نسبت به درخواست اجرا و صدور اختطاریه ایجاد نمی کند و در مواردی هم که مهلت و اجلی از سوی طرفین برای اجرای تعهدات مقرر نشده و اختیار موقع انجام نیز به متعهدله واگذار نگردیده، متعهد باید در مهلت زمانی متعارف عین تعهدات خویش را اجرا کند چرا که متعارف

بودن امری در عرف و عادت به منزله ذکر در عقد است. لذا حقی که به ذمه می‌رود همچنان باقی است و عدم درخواست اجرای تعهد در زمان متعارف و معقول از سوی متعهدله مجوزی برای عدم امکان الزام متعهد به اجرای عین تعهدات قراردادی نیست. البته تنها در مورد حق فسخ می‌توانیم بپذیریم که تأخیر در اعمال حق نشانه صرف نظر کردن و موجب سقوط حق است. این معنا از ادله فوریت‌خیزات برداشت می‌شود. (مواد ۴۱۵ و ۴۲۰ و ۴۳۵ ق.م.ا).

نتیجه

۱. سه طریقه اجرای اجباری عین تعهد، فسخ و پرداخت خسارت در خصوص ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی در بین حقوق ایران، اسناد حقوق خصوصی نوین مشترک است. اما بر خلاف اسناد یاد شده در حقوق ایران اجبار به اجرای تعهد مقدم بر فسخ است که حکمی بر خلاف سیره خردمندان و محتاج بازنگری است. در حقوق خصوصی نوین، بویژه در حقوق تجارت، پابندی به عهد و پیمان از مفهوم سنتی خود یعنی اجرای عین تعهد فاصله گرفته و به معنای تحقق انتظارات متعارف و معقول دو طرف است. در مفهوم جدید، متعهد باید توقعات معقول و سود متعارف طرف مقابل را تأمین کند و اگر به این مهم عمل کند به نوعی وفای به عهد نموده است. اگر در ابتدا اجرای عین تعهد، وفای به عهد تلقی می‌شد، امروز گاه اجرای عین تعهد، برای متعهدله مطلوب و حتی عقلایی نیست و بویژه در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، این امر غالباً امکان‌پذیر نیست و مصلحت متعهدله، چنین الزامی ندارد.

۲. در اسناد حقوق خصوصی نوین حکم دادگاه به فسخ قرارداد جنبه تاسیسی دارد نه اعلامی. البته در پیروی از راه حل عقلایی اسناد بهتر است برای جلوگیری از تزلزل در معاملات و سوءاستفاده متعهدله این اختیار متعهدله را از دو جهت محدود نمود: اول، متعهدله فقط در خصوص نقض تعهدات اساسی و اصلی موضوع قرارداد چنین حقی داشته باشد. دوم اینکه متعهدله جهت استفاده از چنین حقی از طریق دادگاه اقدام نماید. همچنین بر خلاف حقوق داخلی برخی از کشورها، اسناد تصریحی به اثر قهقرایی برای فسخ ندارد.

۳. اسناد نوین درباره جریمه مالی مدیون روش متحدی ندارند هرچند بیشتر آنها این ابزار را پذیرفته‌اند. در حقوق کنونی ایران نیز جریمه مالی پذیرفته نیست اما خسارت تأخیر در اجرا مورد پذیرش است. بر اساس مبنای قاعده فقهی نفی اختلال نظام می‌توان در بازنگری قانون مدنی به جریمه

مالی نیز حکم کرد. همچنین در اسناد مدرن از حبس مدیون نامی برده نشده است. هر چند برخی از کشورها حبس مدیون را محدود به مواردی بسیار اندک و کوتاه مدت پذیرفته‌اند حقوق ایران نیز همچنان بر ضرورت حبس مدیون برای تضمین اجرای تعهدات، اصرار دارد.

۳- در باب موانع اجرای تعهد موضع حقوق ایران با اسناد بین‌المللی کم و بیش شباهت دارد. اما در مورد قوه قاهره، اسناد اعلام قبلی متعهد له را ضروری دانسته که در حقوق ایران طرح نشده است. همچنین در حقوق خصوصی مدرن با توسعه مفهوم غیر ممکن شدن اجرا به غیر ممکن شدن تجاری روبرو هستیم. همچنین حقوق ایران تصریحی به دشواری اجرا ندارد که می‌توان در بازنگری قانون از باب قاعده نفی عسر و حرج به حق فسخ در شرایط بسیار دشوار حکم نمود.

۴. در حقوق خصوصی جدید مواردی دیگر پیش‌بینی شده است که حقوق ایران در باب آن حکمی ندارد و باید در بازنگری مورد بررسی قرار گیرد از جمله: کفایت جبران از طرق دیگر و لزوم درخواست اجرا در مدت متعارف و معقول.

فهرست منابع

فارسی

- ابهری، حمید؛ تقی پور، محمد حسین، تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴.
- اخلاقی، بهروز؛ امامی، فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۵.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۶۳.
- امینی، منصور؛ حقانی، سعید، سیر تکوین حق فسخ ناشی از اجرا نشدن (نقض) تعهد قراردادی در حقوق اروپایی رهیافت‌هایی برای حقوق ایران؛ مطالعات حقوق تطبیقی دوره ۵، ش ۱، ۱۳۹۳
- خدمتگزار، محسن، بررسی تطبیقی حق فسخ به عنوان یکی از چاره‌های قانونی نقض تعهدات قراردادی، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳۸۷، ۴۷. صص ۲۰۳-۱۸۳
- خورسندیان، محمدعلی، شرعی، الهام، قاعده نفی اختلال نظام در حقوق خصوصی، گسترش رایانه، تهران ۱۳۹۶
- خورسندیان، محمدعلی، محمدی بصیر، فرهاد، اهداف و شکل‌گیری اصول اروپایی حقوق قراردادها و مقایسه آن با اسناد مشابه، مجله پژوهشهای حقوق خصوصی، شماره یک، صص ۷۰-۹۲، ۱۳۹۲

- داراب‌پور، مهرباب، ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد، مجله تحقیقات حقوقی تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل، شماره ۲۹، بهار و تابستان ۱۳۷۹.
- رنجبر، مسعود رضا، تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد، انتشارات میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۷.
- ره پیک، حسن، حقوق مدنی (حقوق قراردادها)، انتشارات خرسندی، چاپ دوم ۱۳۸۷.
- شریعتی، حمید، اجبار به انجام تعهد، مجله کانون و کلا، شماره ۸۹، سال ۱۳۴۳.
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد ۲، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- شیروی، عبدالحسین، فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره اول، زمستان ۱۳۷۸.
- صادقی مقدم، محمد حسین، مطالعه تطبیقی تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۵، ۱۳۷۹.
- صادقی نشاط، امیر، حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱۴، زمستان ۱۳۸۸. صص ۲۹۷-۳۱۴.
- صفایی، سید حسین، قوه قاهره یا فورس مازور، بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، مجله حقوقی، شماره ۳، تابستان ۱۳۶۴.
- صفایی، سید حسین؛ الفت، نعمت‌اله، اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد، نامه مفید، شماره ۷۹، شهریور ۱۳۸۹.
- صفایی، سید حسین و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم ۱۳۸۷.
- علی‌احمدی، دکتر حسین، اجرای تعهدات قراردادی، انتشارات برهمنند، زمستان ۱۳۷۵.
- قاسم زاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲-۳-۴، چاپ اول، انتشارات بهنشر، دی ۱۳۶۸.
- گروهی از نویسندگان، بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، ترجمه مهرباب داراب‌پور، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴.
- لنگرودی، محمد جعفر جعفری، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، بنیاد راستاد، خرداد ۱۳۶۳.
- _____، دانشنامه حقوقی، جلد ۲، انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم، تهران، ۱۳۴۸.
- _____، ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد، خرداد ۱۳۶۳.
- مقدم، مقصود، پایان‌نامه: «اجرای اجباری تعهدات ناشی از قرارداد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، با راهنمایی اسداله امامی، دانشگاه امام صادق، اسفند ۱۳۷۷.
- مهاجر، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، جلد ۱، انتشارات فکر سازان، چاپ اول، تهران ۱۳۷۳.
- نیکبخت، حمیدرضا، آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد، مجله حقوقی، شماره ۲۱، سال ۱۳۷۶.

منابع عربی

- ابراهیم سعد، نبیل، النظریه العامه للالتزام، ج ۲، چاپ دوم، دارالنهضة العربیه، بیروت، ۱۹۹۸م.

- ابراهیم سعد، نبیل - منصور، حسین، مبادئ القانون، المدخل الى القانون - نظريه الالتزامات، دارالنهضة العربية، بيروت، لبنان، ۱۹۹۵.
- الاصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ج ۵، الطبعة الاولى، قم، موسسه نشر اسلامي، بی تا.
- آخوند، محمد کاظم خراسانی، حاشیه المکاسب، چاپ اول، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، تهران، ۱۴۰۶
- جواهری، حسن، الجزء المالي أو الشرط الجزائي، مجله فقه اهل بیت - عربي، سال ۹ ش ۳۳ صص ۳۲-۵۵، ۱۴۳۵ ه.ق. - ۲۰۰۴ م
- حسینی العاملي، سيد محمدجواد، مفتاح الكرامه، جلد ۲ و ۱، دار التراث، لبنان، بيروت، ۱۴۱۸ ه.ق.
- خوبی، سيد ابوالقاسم الموسوي، مصباح الفقاهه، جلد ۷، انتشارات حاجیانی، نجف، زمستان، ۱۳۶۶.
- روحانی، سيد محمد صادق، منهاج الفقاهه، جلد ۶، انتشارات علميه، چاپ چهارم، قم، بی تا.
- سلطان، انور، النظرية العامة للالتزام، جلد ۲، دارالنهضة العربية، بيروت، لبنان، ۱۹۷۴ م
- سنهوری، عبدالرزاق، الوسيط، جلد ۲، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ۱۹۹۸ م.
- شهيد ثاني، زين الدين جعبي عاملي، مسالك الأفهام، جلد ۴، چاپ اول، موسسه معارف اسلامي، قم، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ——— الروضه البهيه، جلد ۴، دارالتعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، بی تا .
- علامه حلی، ابی منصور جمال الدين، تذکره الفقهاء، جلد ۲، الطبعة الاولى، قم، موسسه آل بیت، بی تا.
- کرکی (محقق ثاني)، شیخ علی بن حسین، جامع المقاصد، ج ۵، موسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه.ق.
- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۵، الطبعة التاسعه، تهران، دارالکتب الاسلاميه، بی تا.
- نراقی، مولی احمد بن محمد، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام، قم، دفتر تبلیغات اسلامي، ۱۴۱۷ ه.ق .
- یزدی، سيد محمد کاظم طباطبائی، حاشیه المکاسب، ج ۲، چاپ دوم، قم. اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ه.ق.

منابع انگلیسی

- Beatson, J. Anson's (1998) law of contract, Oxford University press, 27th Ed.
- Bell, John, Boyron, S., Whittaker, S, Principles of French Law, Oxford University Press, 1998, New York
- Black, Henry Campbell, Garner, Bryan A. Black's law dictionary, 5th reprint, 2000 West Publishing co.
- Busch, Danny; Hondius, Ewoud; Van Kooten, Hugo; Schelhaas, Harriet; Schrama; Wendy (2002) The principles of European contract law and Dutch law, Kluwer law international, the Hague/ London/ New York.
- Cartwright, John, Fauvarque-Cosson, Bénédicte, Whittaker, Simon (2016), The Law of Contract, The General Regime of Obligations and Proof of obligations, the new provisions of the Code Civil. Direction des affaires civiles et du sceau, Ministère de la Justice, République française
- Ferrari, Francesca & Bocharova, Nataliya, The astreinte in the Italian and Russian Administrative (Judicial) and Civil Proceedings, Russian Law Journal, Volume III Issue 3 (2015), pp. 8-45 available at: <http://www.russianlawjournal.org/jour/article/view/93/102>

- Kupelyants, Hayk, (2012), Specific Performance in the Draft Common Frame of Reference, UCL Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 1 No. 2, available at: <http://ojs.lib.ucl.ac.uk/index.php/LaJ/article/view/571>
- Lando, Ole, (2001) Salient Features of the principles of European contract law: a comparison with the UCC, Pace international law Review. Pp. 339-369 Available at: www.digitalcommons.pace.edu
- Rowan, Solene (2017) The new French law of contract. International & Comparative Law Quarterly, Published online: 22 August 2017, pp. 1-27 available at: <http://eprints.lse.ac.uk/75815/>
- Beale, Hugh(2005) The Acquis communautaire and the development of European contract law, and the European Commission's Action Plan on Contract Law, Juridica International No. 10 available at : www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2005_1_4.pdf
- Smits, Jan (2000), A principled approach to European contract law, Maastricht journal of European and comparative law, 7 pp.221-223 Available at: <http://pub.maastrichtuniversity.nl/8f14933f-bf8a-41e9-b5a8-8c96299c5228>
- Teritel, G.H (2001) The law of contract, 6.th edition, London sweet & Maxwell.
- Varul, Paul(2008) performance and remedies for non performance: comparative analysis of the PECL and DCFR, juridica international law review, University of Tartu , XIV. pp. 104-110 Available at: <http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=12708>
- Von Mehren, Arthur, Garth, Bryant G. (1976), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume 7, Part 1 Chapter 16 Mouton, The Hague and J. C. B. Mohr, Germany.
- Wilhelmsson, Thomas(2001) Towards a (post)modern European contract law, Juridica international law review, No. 6 , PP.23-29 Available at: <http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=12548>