

Abstract

The purpose of this study is to investigate the basics of the obligation to implement the same contractual obligations in jurisprudence and the law of the Imams and the Ahl al-Bayt. In this article, the subject has been studied descriptively-analytically with a qualitative approach. One of the common methods of compensation in Imami jurisprudence and Iranian law is the obligation of the obligee to fulfill the contractual obligations. According to this method, if the obligor refuses to fulfill his contractual obligations, he will be obliged to fulfill the mentioned obligations, which will be done by the competent authorities in accordance with the legal prescription. In Imami jurisprudence and Iranian law, the obligation to fulfill the obligation is done in two ways that are parallel to each other: direct executive action and indirect executive action, which are divided into two types, namely financial obligation (such as confiscation of property) and physical obligation (imprisonment). Turns. The purpose of indirect enforcement action is to put the obligee in a situation where he is forced to fulfill the obligation by relying on the methods and guaranteeing legal enforcement. According to Articles (239), (238), (237) and (220) of the Civil Code, the obligation to perform the obligation by relying on direct executive action takes precedence over other methods and has priority, and if it is not possible to rely on this method. Other methods must be used.

الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در فقه امامیه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۲/۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۱۱

حسن ظهراپی^۱

سید حسن حسینی^۲

عبدالحمید فرزانه^۳

چکیده

هدف از انجام این پژوهش بررسی مبانی الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در فقه و حقوق امامیه و اهل بیت است. در این جستار به صورت توصیفی - تحلیلی با رویکردی کیفی به بررسی موضوع پرداخته شده است. یکی از شیوه‌های مشترک جبران خسارت در فقه امامیه و حقوق ایران الزام متعهد به اجرای تعهدات قراردادی است. به موجب این شیوه هرگاه متعهد از اجرای تعهدات قراردادی خویش خودداری نماید ملزم به انجام و اجرای تعهدات مزبور خواهد شد که این الزام و اجبار توسط مقامات ذیصلاح و حسب تجویز قانونی صورت می‌پذیرد. در فقه امامیه و حقوق ایران الزام به اجرای تعهد از دو طریق که در طول یکدیگر قرار دارند صورت می‌گیرد: اقدام مستقیم اجرایی و اقدام غیر مستقیم اجرایی که خود به دو قسم یعنی الزام مالی (همچون توقیف اموال) و الزام بدنی (حبس) تقسیم می‌گردد. مقصود از اقدام غیر مستقیم اجرایی این است که متعهد از طریق تمسک به شیوه‌ها و ضمانت اجراهای قانونی در وضعیتی قرار گیرد که مجبور به اجرای تعهد گردد. با توجه به مواد (۲۳۹)، (۲۳۸)، (۲۳۷) و (۲۲۰) قانون مدنی الزام متعهد به اجرای تعهد با تمسک به اقدام مستقیم اجرایی بر سایر طرق مقدم بوده و دارای اولویت است و در صورت غیرمقدور بودن تمسک به این شیوه باید از سایر طرق بهره جست.

کلید واژه‌ها: الزام، اجرا، تعهدات، اقدام مستقیم، اقدام غیر مستقیم

^۱ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه حقوق، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران

^۲ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه حقوق، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران. نویسنده مسئول hoseyni1344@gmail.com

^۳ استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه الهیات، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران

۱. مقدمه

الزام عین تعهدات به عنوان یکی از روش‌های مقابله با نقض قرارداد، به سبب انطباق با اصول کلی حقوق و قواعد عمومی نظیر: وفای به عهد و لزوم قراردادهای، و همچنین به سبب اهمیت آن در تنظیم برنامه‌های اجتماعی و نقش آن در ثبات و امنیت قراردادهای و وصول به مقاصد، مورد شناسایی غالب نظام‌های حقوقی جهان معاصر، از جمله ایران و اسلام و نیز فقه امامیه قرار گرفته است؛ اما نحوه‌ی استفاده از این شیوه‌ی مقابل با نقض قرارداد، بنابر ملاحظات تاریخی و نظام‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی مختلف، متفاوت است.

بر این اساس چنانچه متعهد از اجرای تعهدات قراردادی خویش استنکاف ورزد با تقاضای متعهد له به اجرای تعهدات مزبور ملزم خواهد گردید. این شیوه در فقه امامیه و حقوق ایران مورد پیش‌بینی قرار گرفته و از شیوه‌های مشترک جبران خسارت است.

با توجه به موارد (۲۳۹-۲۳۸-۲۳۷-۲۲۰) قانون مدنی و همسو با نظر مشهور فقهای امامیه، با وجود امکان الزام متعهد به اجرای تعهد اصلی، نوبت به سایر شیوه‌های جبران خسارت نمی‌رسد و متعهد مکلف به انجام تعهد اصلی است. لیکن در صورت غیرمقدور بودن توسل به این شیوه، توسل به سایر طرق از جمله فسخ قرارداد توسط متعهدله امکان‌پذیر است.

در جامعه کنونی با عنایت به رشد چشمگیر و پیچیدگی روابط حقوقی، در بسیاری از موارد ممکن است افراد با نقض تعهدات قراردادی توسط متعهد مواجه شوند بنابراین لازم است تا آزادی و اختیار در توسل به شیوه‌های جبران خسارت در حقوق داخلی و مبانی فقه امامیه مدنظر قرار گیرد. به طور کلی هر یک از شیوه‌های جبران خسارت باید به نحوی برای متعهدله در نظر گرفته شود که عدالت رعایت شده و منجر «دارا شدن ناعادلانه» نگردد. به عبارت دیگر در این خصوص ضروری است حقوق متعهد و متعهدله با در نظر گرفتن حد اعتدال رعایت گردد. هدف اساسی در این جستار، بررسی اجبار اجرای عین تعهدات قراردادی در فقه و حقوق امامیه و اهل بیت است. برای دستیابی به این مهم، ابتدا به بررسی الزام اجرای عین تعهدات قراردادی در فقه امامیه و سپس در حقوق ایران پرداخته خواهد شد.

۲. مفهوم اجرای عین تعهدات 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^۱. 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^۲.

^۱ صفایی، سید حسین؛ الفت، نعمت‌اله، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، *مجله نامه مفید*، شماره ۷۹، شهریور ۱۳۸۹ش، ص ۲۵۷.

^۲ لنگرودی، محمدجعفر جعفری، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، بنیاد راستاد، ج ۱، ۱۳۶۳ش، ص 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^۱. اجرای اجباری تعهد یک اصل مسلم پذیرفته شده در حقوق ایران بر پایه اصل لزوم است^۲.
در حقوق ایران 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^۳.

۳. الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در فقه امامیه و اهل بیت

فقها نیز بر اساس قاعده فقهی «اصاله اللزوم» معتقدند که اصل لزوم عقد است و طرفین نمی‌توانند آن را فسخ کنند و ملزم به اجرای تعهدات ناشی از آن هستند. اولین فقیه امامیه که به این قاعده تمسک نموده علامه حلی می‌باشد. ایشان در تذکره الفقهاء فرموده است: «اصل در بیع، لزوم است، زیرا شارع آن را وضع نموده که مفید انتقال مالکیت از بایع به مشتری باشد»^۴. شهید اول در این خصوص می‌فرماید: «اصل در بیع، لزوم است و همچنین در سایر عقود و خارج می‌شود از اصل در مواضعی به علل خارجی»^۵. شهید ثانی نیز می‌فرماید: «اصل در عقود، لزوم است، بنا به عموم قول خداوند متعال که فرموده «أوفوا بالعقود» و امثال امر الهی محقق نمی‌شود مگر به صورت لزوم، زیرا عقد جائز قطعاً واجب الوفا نیست»^۶. ابن ابی جمهور در الاقطاب الفقهیه بیان داشته: «قطب لزوم (ملاک لزوم) در عقود، اصلی معتبر در جمیع آنهاست. و با امور عارضه (فسخ و انفساخ و اقاله) استثناء می‌شود»^۷. مرحوم نراقی می‌گوید: «مشهور است بین فقهاء استدلال به آیه ۱ سوره مبارکه مائده^۸ در تصحیح عقود و لزوم آنها، و به استناد آن، اصل را در تمام عقود عرفی و در کل ایجاب و قبول، لزوم قرار می‌دهند»^۹. صاحب‌العناوین الفقهیه نیز عنوان

^۱ لنگرودی، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، منبع پیشین، ص ۸۴.

^۲ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات بهنشر، ج ۴، ۱۳۶۸ ش، ص ۱۴۶. شیروی، عبدالحسین، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره اول، زمستان ۱۳۷۸ ش، ص ۵۰.

^۳ داراب‌پور، مهرباب، «ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد»، مجله تحقیقات حقوقی تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل، شماره ۲۹، بهار و تابستان، ۱۳۷۹ ش، ص ۵۱.

^۴ حلی، حسن بن یوسف (علامه‌ی حلی)، تذکره الفقهاء (ط-الحدیثه)، قم، موسسه آل‌البیت علیهم السلام، ج ۱، ص ۴۱۴، ص ۲۶۱.

^۵ عاملی، محمدبن مکی (شهید اول)، القواعد و الفوائد، قم، کتاب فروشی مفید، ج ۱، ص ۲، بی‌تا، ص ۲۴۲.

^۶ عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، موسسه‌ی المعارف الاسلامیه، ج ۱، ص ۱۰، ۴۱۳، ص ۴۳۳.

^۷ احسائی، ابن ابی جمهور، الاقطاب الفقهیه علی مذهب الامامیه، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ج ۱، ص ۱۱۶.

^۸ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

^۹ نراقی، محمد مهدی، انیس التجار (محشی)، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ج ۱، ص ۴۲۵، ص ۵.

داشته: «حق این می‌باشد که اصل در همه عقود و ایقاعات عدم جواز رفع آثار و فسخ آن است مگر با دلیل. و در ادامه می‌افزاید: عقد و ایقاع زمانی که محقق می‌شود موجب ترتب اثر شرعی بر آن است و شکی نیست که بعد از تحقق اسباب شرعی، مترتب می‌شود بر آن‌ها آثارشان. پس زمانی که شک می‌شود در لزوم و جواز، لازمه آن شک در این است که اگر این سبب فسخ شود، آیا مسبب ثابت باطل می‌شود یا خیر. بلکه به حال خود باقی است و شکی نیست در قضیه استصحاب عدم زوال اثر از مالکیت و مثال آن مگر به سبب شرعی، و این معنی لزوم است»^۱. نظیر عبارات فوق الذکر در کلام بسیاری از فقهاء مشهود است و همگی بدین امر تصریح دارند که اصل در معاملات، لزوم پایبندی به مفاد عقد و در نتیجه، الزام به اجرای مفاد آن است^۲. لذا عقودی که بر طبق قانون واقع گردیده یعنی دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد، بین متعاملین لازم الاتباع بوده و هر گونه تعهدی که بوسیله عقد مزبور به وجود آمده است باید از جانب متعهد ایفاء گردد^۳.

به علاوه فقها بر امکان الزام مشروط علیه به اجرای شرط فعل نیز تاکید نموده‌اند. شیخ انصاری در خصوص اجرای شرط فعل می‌فرماید: «ظاهر نظر مشهور، وجوب وفاء به شرط است، بنا به حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» و حدیث علوی «ان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او حلالاً حراماً». به علاوه بنا به عموم وجوب وفاء به عقد بعد از این که شرط جزئی از ارکان عقد باشد^۴. و در ادامه بیان داشته «بنا به ظاهر نظر مشهور، مشروط علیه اگر امتناع کند اجبار به انجام شرط می‌گردد»^۵. آقا ضیاء‌الدین عراقی می‌فرماید: «در این که آیا شرط فعل، وجوب الوفاء بودن را اقتضاء می‌کند یا خیر، مشهور، قائل به وجوب وفاء به آن هستند بنا به ظاهر سیاق «المؤمنون عند شروطهم». و در ادامه بیان داشته: معنای شرط چیزی جز الزام و التزام نیست، و شرط چیزی از عقد است پس دلیل وجوب وفاء به عقد شامل آن نیز می‌شود غرض از شرط ایجاد علقه لزومیت به سبب عقد، بین مشروط علیه و فعل است»^۶. مرحوم بجنوردی هم بیان داشته: «در اینکه آیا واجب است بر مشروط علیه وفاء به این شرط (شرط فعل) یا خیر، مشهور بین اصحاب (علمای امامیه) نظر اول (یعنی وجوب) است بلکه بر آن ادعای اجماع شده است در تذکره الفقهاء. و این نظر اقوی است سپس به حدیث نبوی و روایت امیرالمؤمنین حضرت علی علیهما السلام «المؤمنون عند شروطهم» استناد نموده و می‌گوید: از آثار اثبات شرط و ایجاد حق بر مشروط علیه، جواز اجبار

^۱ مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چ ۱، ج ۲، ۱۴۱۷ق، ص ۳۶.

^۲ انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، *کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)*، قم، کنگره‌ی جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، چ ۱، ج ۵ و ۶، ۱۴۱۵ق، ص ۵۴۱؛ اصفهانی، فتح الله بن محمد (شیخ الشریعه)، *نخبه الازهار فی احکام الخیار*، قم، دارالکتاب، چ ۱، ۱۳۹۸ق، ص ۲۱۱؛ منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمه*، قم، نشر تفکر، چ ۱، ج ۱، ۱۴۱۵ق، ص ۳۴.

^۳ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، بی‌جا، ج ۱، بی‌تا، ص ۲۳۰.

^۴ انصاری، کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، منبع پیشین، صص ۶۲ و ۵۹.

^۵ انصاری، کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، منبع پیشین، ص ۶۶.

^۶ عراقی، آقاضیاء‌الدین، *حاشیه المکاسب*، مقرر: میرزا ابوالفضل نجم آبادی، قم، انتشارات غفور، چ ۱، ۱۴۲۱ق، ص ۶۰۱.

او بر عمل به شرط است، پس او می‌تواند مشروط علیه را اجبار به ادای حق خود نماید.^۱ در فقه امامیه نیز طبق نظر مشهور با فرض امکان الزام و اجبار متعهد به اجرای تعهد، متعهدله حق فسخ قرارداد را نخواهد داشت. به عبارت دیگر متعهد له در ابتدا باید خواستار الزام متعهد به اجرای تعهد شود و در فرض تعذر اجبار و الزام متعهد است که از خیار فسخ برخوردار می‌گردد.

شیخ انصاری در بحث شرط فعل می‌فرماید: «بنا به ظاهر نظر مشهور، مشروط علیه اگر امتناع کند، اجبار به انجام شرط می‌گردد»^۲. و در ادامه‌ی بحث این سوال را مطرح می‌نماید: «در صورت تمکن از اجبار مشروط علیه آیا برای مشروط له حق فسخ وجود دارد؟ به این صورت که مخیر بین فسخ و اجبار مشروط علیه باشد؟ و در جواب می‌فرماید: ظاهر کتاب الروضه البهیة و اعتقاد عده‌ای دیگر نظر دوم است (یعنی با تمکن از اجبار مشروط علیه، حق فسخی برای مشروط له نیست) و موضع صریح علامه حلی در تذکره الفقهاء نظر اول است (یعنی حتی با تمکن از اجبار مشروط علیه، مشروط له حق فسخ دارد). به عبارت دیگر طبق این نظر در فرضی که اجبار و الزام مشروط علیه ممکن باشد، مشروط له مخیر بین فسخ و الزام است»^۳. و در ادامه بیان داشته: «من دلیل و مستندی برای ثبوت خیار در صورت تمکن از اجبار مشروط علیه نیافتم. زیرا مقتضی عقد مشروط، عمل کردن طبق شرط است، اختیاراً یا اجباراً؛ این فقیه بزرگوار در نهایت نظر مشهور را اختیار نموده و می‌فرماید: «نظر مختار، عدم خیار فسخ است مگر در صورت تعذر اجبار»^۴.

علت اینکه شیخ انصاری می‌فرماید «دلیلی برای ثبوت خیار در صورت تمکن از اجبار مشروط علیه نیافتم» این است که خیار تخلف شرط، دلیلی جز قاعده لاضرر نداشته و این دلیل تنها در فرض عدم امکان اجبار مجالی برای عرض اندام می‌یابد. زیرا اگر متعهد از اجرای تعهدش خودداری کند و در عین حال امکان اجبار او نیز وجود نداشته باشد، لازم دانستن عقد و عدم جواز فسخ آن مستلزم ضرر بر مشروط له خواهد بود و در این جاست که با تمسک به قاعده لاضرر، حق فسخ برای وی ثابت می‌شود. لیکن در صورتی که امکان الزام و اجبار متعهد وجود دارد ضرری متوجه متعهد نشده و نمی‌توان به استناد قاعده مزبور قائل به ثبوت حق فسخ شد»^۵.

شهید ثانی در الروضه البهیة نظری خلاف نظر مشهور را برگزیده و می‌فرماید: «بر مشروط علیه انجام شرط، واجب و لازم نیست بنا به اصل عدم و فایده‌ی شرط صرفاً آن است که عقدی که شرط در ضمن آن قرار گرفته، حالت لزوم خود را از دست می‌دهد و برای مشروط له این اختیار را به وجود می‌آورد که در صورت عدم انجام شرط، عقد را فسخ کند»^۶. اما در مسالک الافهام نظر مشهور را پذیرفته و می‌فرماید: «نظر دیگر وجوب وفاء به شرط و عدم تسلط مشروط له بر فسخ است مگر در صورت تعذر تحصیل شرط، بنا به عموم امر به وفای به عقد و روایت

^۱ موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، ج ۱، ج ۳، ۱۴۱۹ق، صص ۶۰۳-۶۰۱.

^۲ انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، *صراط النجاه*، قم، گنگره جهانی شیخ انصاری، ج ۱، ج ۶، ۱۴۱۵ق، ص ۱۵۷.

^۳ انصاری، صراط النجاه، منبع پیشین، ص ۷۱.

^۴ انصاری، صراط النجاه، منبع پیشین، ص ۷۲.

^۵ فخارطوسی، جواد، *در محضر شیخ انصاری*، قم، نشر مرتضی، ج ۲، ج ۸، ۱۳۷۵، ص ۱۸۰.

^۶ عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری، ج ۱، ج ۴، ۱۴۱۰، ص ۵۰۶.

المؤمنون عند شروطهم و این بهترین نظر است پس بنابراین اگر مشروط علیه امتناع کند از وفا به شرط و اجبار او ممکن نباشد از طریق حاکم اجبار می‌شود و اگر اجبار متعذر شد، متعهد له می‌تواند فسخ کند»^۱.

صاحب جواهر می‌فرماید: «ظاهر بر ثبوت خیار است در حالت تعذر اجبار متعهد (مشروط علیه) بنا به حدیث ضرار و روایت ابی‌جارود از امام باقر (ع) که فرمود: «إن بعت رجلاً علی شرط، إن أتاک بمالک، و إلا فالبیع لک». زیرا مراد از آن لزوم شرط بر مشروط علیه است و اصلاً سخنی از ثبوت خیار نشده است و در ادامه می‌گوید: علی کل حال در بیع مملوک که شرط شده مشتری آن را آزاد کند اگر اجبار مشتری به آزاد کردن مملوک متعذر شود برای بیع خیار در فسخ وجود دارد»^۲. در واقع صاحب جواهر نیز ثبوت خیار برای متعهدله را با تمسک به قاعده لاضرر و برای جلوگیری از ورود ضرر به وی در فرض تعذر اجبار پذیرفته است.

مرحوم نراقی در این زمینه نظراتی را بیان کرده و در نهایت نظری که مطابق نظر مشهور است را پذیرفته و می‌گوید: «اگر مشروط علیه از انجام شرط امتناع کند بر آن اجبار می‌شود و اگر اجبار ممکن نباشد توسط حاکم اجبار می‌شود و برای هیچ یک از آن دو بدون تعذر شرط، حق فسخ نیست مگر با رضایت طرف دیگر. پس اگر اجبار مشروط علیه متعذر شود در حکم تعذر تحصیل شرط است و خیار فسخ برای مشروط له ثابت می‌شود و جماعتی از فقهاء این نظر را پذیرفته‌اند از جمله شهید ثانی در مسالک و صاحب کفایه الاحکام. بلکه در السرائر و غنیه بر آن ادعای اجماع شده است. وجوب وفاء مشروط علیه به شرط، از ادله وجوب وفاء به شرط استناد می‌شود و نیز عدم جواز فسخ استنباط می‌گردد به این دلیل که عقد لازم است»^۳.

مرحوم کاشف الغطاء در این خصوص عنوان داشته: «شرط فعل تعلق می‌گیرد به فعلی از افعال احد متعاقدين مانند دوختن لباس، طلاق دادن زوجه و ازدواج کردن با زنی و امثال آن و این واجب است بر مشروط علیه تکلیفاً برای وفای به آن، و اگر انجام ندهد مجبور می‌شود و اگر انجام شرط متعذر شود، خیار دارد»^۴.

صاحب العناوین الفقهیه نیز می‌گوید: «شرط، واجب الوفا است مانند اصل عقد، و ممتنع، اجبار به آن می‌شود مانند آن چه در اصل عوضین است. و ظاهراً این نظر اکثر علمای امامیه است، بلکه نظر مشهور است و بر آن حکایت اجماع شده است از ابن زهره در غنیه و و از ابن ادریس در السرائر و این دو، اجماع را در این قضیه حجت دانسته‌اند و معتقد به فتوای اکثریت هستند. مضافاً اینکه به عموم ادله وفای به شرط و عموم اوفوا بالعقود که دلالت دارد بر وجوب وفای به عقد مقید به شرط، استناد کرده‌اند»^۵.

سید یزدی در حاشیه المکاسب، اجبار به انجام تعهد و فسخ را در عرض یکدیگر دانسته و فرموده است: «مشروط له مخیر بین فسخ و اجبار است و اجبار، برای او اختیار دوم است و هنگامی که معتذر شود می‌تواند به

^۱ شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، منبع پیشین، ص ۲۷۴.

^۲ نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۷، ۹، ج ۱۴۰۴، ص ۲۱۹.

^۳ نراقی، ملا احمد، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ج ۱، ۱۴۱۷، صص ۱۳۷-۱۳۶.

^۴ نجفی کاشف الغطاء، احمد بن علی، سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات، نجف، موسسه کاشف الغطاء، ج ۱، ۳، ج ۱۴۲۳، ص ۱۴۲.

^۵ مراغی، العناوین الفقهیه، منبع پیشین، ص ۲۸۱.

حاکم رجوع کند. و نتیجه اینکه، حق او از شرط با امتناع ساقط نمی‌شود و با جواز فسخ نیز ساقط نمی‌شود پس برای او اختیار مطالبه است حتی بدون فسخ^۱. در واقع استدلال این فقیه این است که با امتناع مشروط علیه از انجام شرط، مشروط له واجد دو حق است، اول اینکه به موجب تخلف از شرط، حق فسخ دارد و دیگر آن که به موجب ادله وجوب وفاء به شرط، حق اجبار را نیز داراست. در العروه الوثقی، در بحث مساقات نیز همین نظر را اختیار نموده و آورده است: «هنگامی که عامل (متعهد) ترک کند اجرای عقد را از ابتدا یا در اثناء آن، ظاهر این است که مللک (متعهدله) مخیر است بین فسخ یا رجوع به حاکم شرعی تا او را اجبار به انجام عمل کند»^۲.

آیت الله سبحانی نیز قائل به ثبوت خیار در صورت قدرت بر اجبار است و آورده: «آیا برای مشروط له حق فسخ است در صورت تمکن از اجبار، به این صورت که مخیر بین آن دو باشد یا اینکه فسخ برای او جایز نیست مگر در صورت تعذر از اجبار؟ ظاهر، نظر اول است (حق فسخ حتی با امکان اجبار) زیرا تنها دلیل خیار در غیر آنچه نصی در مورد آن وارد شده، بناء عقلاست. و خیار نزد عقلا مرتب می‌شود بر تخلف از شرط، بر وجه اطلاق، خواه اجبار ممکن باشد یا ممکن نباشد»^۳. بر مبنای نظرات اخیر الذکر امکان جبران خسارت متعهدله از طریق فسخ قرارداد به نحو شایسته‌ای فراهم می‌گردد. چرا که در این صورت متعهد له مجبور نیست تا ابتدا تقاضای الزام متعهد به اجرای قرارداد را بنماید و در این رهگذر متحمل استمرار نقض تعهدات گردد.

۳-۱. الزام از طریق توقیف اموال

در فقه نیز الزام مالی متعهد و مدیون از طریق توقیف و فروش اموال وی، با رعایت شرایطی تجویز گردیده است^۴. شهید اول فرموده: «مطالبه دین از مدیون در صورت عدم علم به اعیان او جایز است. و بر مدیون واجب است که از دین خارج شود و چیزی از اموال مدیون برای طلبکار استثناء نمی‌شود مگر خانه‌ای که در آن سکنی گزیده، لباس‌هایی که پوشیده و خادم و قوت (غذا) ضروری او و افراد واجب النفعه‌اش»^۵. شهید ثانی در بحث ممنوعیت مفلس از تصرف در اموالش می‌فرماید: «اعیان اموال وی (مدیون) که قابل فروش است، فروخته می‌شود. اگر اموالش قابل بیع نباشد مانند منفعت یا اجرت یا آنچه بر آن صلح کرده، در صورتی که کفایت بدهی آن‌ها را بنماید بین آنان تقسیم می‌شود. والا به نسبت طلبشان تقسیم می‌گردد»^۶.

^۱ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، قم، موسسه اسماعیلیان، ج ۲، ۲، ۱۴۰۹ق، ص ۷۴۷.

^۲ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ج ۲، ۲، ۱۴۰۹ق، ص ۷۴۷.

^۳ سبحانی، جعفر، *دراسات موجزه فی الخيارات والشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ق، ص ۱۶۶.

^۴ شهیدی، مهدی، *آثار قراردادهای و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، ج ۳، ۱۳۸۶ش، ص ۴۷.

^۵ عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید اول)، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه‌ی مدرسین، ج ۲، ۳، ۱۴۱۷ق، ص ۳۱۰.

^۶ عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *اللمعه دمشقیه*، منبع پیشین، ص ۳۷.

مرحوم نراقی در انیس التجار می‌گوید: «کسی که مالی از دیگری طلب داشته باشد و نتواند از او بگیرد، هرگاه مالی از او به دست او بیاید، جایز است که آن مال را تقاص کند (به اذن حاکم شرع) و به قدر حق خود بردارد»^۱. در اینجا منظور از تقاص، آن است که از طریق تسلط بر اموال مدیون و فروش آن‌ها داین بتواند طلبش را وصول نموده و به حقش برسد.

شیخ انصاری در صراط النجاه آورده است: «هر گاه مال مدیون برای اداء دینش کافی نباشد، غیر از مسکن و مرکب مورد نیاز و غذای یک شبانه روز خود و خانواده اش و لوازم ضروری، مثل لباس و ظرف و فرش و غیره، دیگر چیزی جزء مستثنیات دین نیست»^۲. امام خمینی نیز بیان داشته: «بدهکار برای دادن بدهی‌اش لازم نیست خانه‌ی خود را که در آن می‌نشیند و آن چیزی که احتیاج به آن دارد از قبیل فرش و ظرف و حتی کتاب به مقدار لازم را بفروشد. اگر خانه یا لوازمی دارد که زیادتر از مورد احتیاج او است باید زیاده را بفروشد و بدهی را بدهد»^۳. مرحوم زین الدین هم عنوان داشته: «زمانی که موعد ادای دین فرارسیده و دائن آن را مطالبه نموده است، بر مدیون واجب می‌باشد، جهت ادای دین و برائت ذمه، اعیان و املاکش را بفروشد. اما از حکم و جوب فروش اموال جهت پرداخت بدهی، آن‌چه بر حسب حال و شرف و منزلت مدیون، برای وی ضروری است مانند محل سکنی، لباس‌های مورد نیاز، و اثاثیه و... استثناء می‌شود»^۴.

۲-۳. الزام از طریق حبس مدیون

فقها به امکان حبس مدیون جهت الزام وی به اداء دین نیز تصریح دارند. علامه حلی در این خصوص می‌فرماید: «من علیه دین، زمانی که دارای مال است واجب است که دینش را از آن مال اداء کند، و اگر امتناع نمود حاکم او را حبس می‌کند. و در ادامه می‌گوید: هنگامی که اعسارش ثابت شود، حاکم او را آزاد می‌کند»^۵. شهید اول نیز در این زمینه می‌فرماید: «مدیون حبس می‌شود اگر مدعی اعسار باشد تا زمانی که اعسار ثابت شود. پس وقتی که ثابت شد، آزاد می‌شود»^۶. شهید ثانی هم بیان داشته: «مدیون اگر ادعای اعسار نماید حبس می‌گردد تا زمانی که اعسار ثابت شود با اعتراف داین یا بینه‌ای که موجب اطلاع یافتن از باطن امر شود مانند شهادت بر اعسار مطلق»^۷. فیض کاشانی عنوان داشته: «اگر زمان اداء دین رسیده و مدیون تمکن داشته باشد، با مطالعه داین باید بپردازد، والا حاکم او

^۱ نراقی، انیس التجار (محشی)، منبع پیشین، ص ۲۸۶.

^۲ انصاری، صراط النجاه، منبع پیشین، ص ۲۸۹.

^۳ موسوی خمینی، سیدروح الله، *نجاه العباد*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۱، ۱۴۲۲ق، ص ۲۸۹.

^۴ بصری بحرانی، محمدامین زین الدین، *کلمة التقوی*، قم، بی‌نا، چ ۳، ج ۶، ۱۴۱۳ق، ص ۱۱.

^۵ حلی، حسن بن یوسف (علامه‌ی حلی)، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ط-الحدیثه)*، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ج ۲، ۱۴۲۰ق، صص ۵۲۸-۵۲۷.

^۶ عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، منبع پیشین، ص ۱۲۶.

^۷ عاملی، محمد بن مکی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة*، منبع پیشین، ص ۳۹.

را زندانی می‌کند»^۱. مرحوم شوشتری پس از بیان اینکه مدیون تا زمان اثبات اعسار حبس می‌شود در این خصوص به روایتی از امیرالمومنین حضرت علی (ع) در تهذیب استناد نموده که آن حضرت می‌فرماید: «کان یحبس فی الدین فاذا تبین له إفلاس و حاجه خلی سبيله حتی یستفید مالا». یعنی مدیون حبس می‌شود تا زمانی که افلاسش مشخص شود و آزاد می‌شود زمانی که از مالش بپردازد»^۲.

برخی دیگر از فقهای معاصر نیز عنوان داشته‌اند: «اگر امتناع مدیون از اداء دین به دلیل دیگری غیر از اعسار بوده و بنای او ترک ادای دین است در حالی که متمکن از اداء بوده و دارای مال می‌باشد هیچ اشکال و اختلافی نیست در این که حاکم مجاز است که وی را حبس کند»^۳. البته در فرضی که مدیون معسر باشد حبس وی جایز نیست. فقها برای اثبات این امر به آیه ۲۸۰ سوره مبارکه بقره «وان کان ذو عسره فنظره الی میسره» (اگر از کسی که طلبکاری، تنگ دست شود به او مهلت دهید) و روایات وارده مبنی بر مهلت دادن به مدیون مانند روایت رسول الله (ص) که فرمود: «هر کس تنگ‌دستی را مهلت دهد، در هر روز برای او ثواب صدقه‌ای برابر با اصل مالش بر عهده کرم خدای عزوجل است تا زمانی که مال خود را دریافت کند» استناد نموده‌اند^۴. صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه نیز بر این مسئله ادعای اجماع کرده‌اند^۵.

۴. الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران

اصل بر اجباری بودن اجرای قرارداد است. هرگاه متعهد از اجرای تعهدات قراردادی خویش خودداری نماید ملزم به انجام و اجرای تعهدات مزبور خواهد شد که این الزام و اجبار توسط مقامات ذی صلاح و حسب تجویز قانونی صورت می‌پذیرد. «در صورتی که طرف قرارداد به رغبت آن را اجرا نکند اجبار او را می‌توان درخواست کرد. درخواست اجبار باید از مقام های عمومی شود و هیچ کس حق ندارد بطور مستقیم بر بدهکار خود فشار آورد»^۶، به دیگر سخن «متعهد باید آن چه را که بر عهده گرفته است اجرا کند و در صورت خودداری از اجرای تعهد، از راه هایی که قانون پیش بینی کرده است، به تقاضای متعهدله اجبار به انجام تعهد می‌شود»^۷.

چنان چه مشروط علیه از وفای به شرط فعل، تخلف نماید، مشروط علیه با مراجعه به دادگاه الزام وی را تقاضا نموده و به موجب حکم دادگاه، مکلف به انجام مورد شرط می‌گردد. لذا در شرط فعل خواه مثبت و خواه

^۱ فیض کاشانی، محمد محسن، *النخبه فی الحکمه العمليه والاحکام الشرعیه*، قم، مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، چ ۲، ص ۲۰۹.

^۲ شوشتری، محمد تقی، *النجمة فی شرح اللمعه*، تهران، کتاب فروشی صدوق، چ ۱، ج ۸، ۱۴۰۶ق، ص ۲۲.

^۳ خالصی، محمد باقر، *احکام المحبوسین فی فقه الجعفری*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چ ۱، ص ۱۱۰.

^۴ مجاهد حائری، سید محمد، *کتاب المناهل*، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چ ۱، بی تا، ص ۱۹.

^۵ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، منبع پیشین، ص ۱۹۳؛ حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلماء*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چ ۱، ج ۱۷، ۱۴۱۹ق، ص ۱۸.

^۶ کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، منبع پیشین، ص ۱۲۷؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۵۲۱.

^۷ شهیدی، آثار قراردادها و تعهدات، منبع پیشین، ص ۵۸۷.

منفی طبق ماده (۲۳۷) قانون مدنی: «... کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می‌تواند بحاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط را بنماید. ماده‌ی مزبور متابعت از نظریه‌ی مشهور فقها نموده است»^۱.

اجرای تعهدات (اعم از قراردادی و غیر قراردادی) مبنای نظام اجتماعی است و در نتیجه، الزام مستقیم و غیرمستقیم متعهد به اجرای تعهد اساس این نظام است اگر متعهد متخلف را که علاقه‌ای به اجرای قرارداد نشان نمی‌دهد، نتوان ملزم به اجرای تعهد خویش کرد، تکلیف و تعهد در روابط حقوقی و اجتماعی مفهوم خود را از دست خواهد داد^۲.

۴-۱. اقدام مستقیم اجرایی

قاعده این است که هر تعهد را به طور مستقیم می‌توان اجرا کرد مانند اینکه عین مورد معامله تخلیه و تسلیم خریدار گردد یا از محل فروش اموال مدیون، بدهی او پرداخت شود لیکن اعمال قاعده مزبور در انجام دادن کار و به خصوص در جایی که اجرای مفاد قرارداد، مقید به مباشرت مدیون است گاه متعسر بوده و با اشکالاتی مواجه است^۳. تمسک به اجبار مستقیم ممکن است گاهی با نظم عمومی مخالفت نموده و با آزادی و کرامت انسانی در تعارض باشد چرا که امکان دارد به اکراه مادی و فشار روحی و جسمی مدیون منجر شده و تبعات منفی اجتماعی را در پی داشته باشد لذا در این موارد به ناچار باید از اجبار مستقیم صرف نظر نموده و از فشارهای غیر مستقیم و ضمانت اجراهای حقوقی استفاده نمود^۴.

الزام متعهد به اجرای تعهد بر حسب اینکه موضوع تعهد، انتقال یا تسلیم مال، انجام کار یا خودداری از انجام کار باشد، به شیوه‌های مختلف انجام می‌پذیرد^۵. به علاوه در بیع کلی (کلی فی الذمه) نیز چون با وقوع عقد، تملیک صورت می‌پذیرد تعهد به تملیک و در نتیجه الزام به آن بی‌معناست^۶. البته برخی از حقوق‌دانان در موردی که موضوع تعهد، عین کلی است معتقدند چون تملیک اثر عقد است یعنی یا با تعیین مصداق مال، تملیک محقق می‌شود لذا باید آن را تعهد به تملیک دانست^۷. چنانچه موضوع تعهد، تسلیم عین معین یا کلی در معین (در حکم عین معین) باشد به حکم دادگاه و توسط مامورین اجرا، مال مزبور از تصرف متعهدی که از اجرای تعهد امتناع نموده است خارج و تحت استیلا و تصرف متعهدله قرار خواهد گرفت (ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶).

در صورتی که موضوع تعهد، انجام کاری باشد در فرض استنکاف متعهد از انجام کار مزبور با توجه به ماده (۲۳۷) متعهدله می‌تواند الزام وی به اجرای آن را از دادگاه بخواهد. و نیز در مواردی هم که موضوع تعهد، خودداری از انجام کاری بوده ولی متعهد مبادرت به آن ورزد متعهدله می‌تواند الزام وی به ترک کار مزبور را از دادگاه بخواهد. به عنوان مثال چنانچه مستاجر مغازه‌ای متعهد شده باشد که فعایت تجاری خاصی را در آنجا انجام ندهد ولی

^۱ امامی، حقوق مدنی، منبع پیشین، ص ۱۴۶.

^۲ شهیدی، آثار قراردادها و تعهدات، منبع پیشین، ص ۴۴.

^۳ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص ۱۲۷.

^۴ کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۴، ۱۳۹۰ش، صص ۲۵۳-۲۵۲.

^۵ صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چ ۶، ۱۳۸۷ش، ص ۲۰۲.

^۶ صالحی‌مازندرانی، محمد، جزوه حقوق مدنی پیشرفته، بی‌چا، بی‌نا، ص ۴.

^۷ کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر میزان، چ ۷، ۱۳۹۳ش، ص ۴۹.

برخلاف تعهدش عمل کند موجر به عنوان متعهد له می تواند از طریق مراجعه به دادگاه مستاجر را ملزم به خودداری از انجام آن فعالیت تجاری نماید.

با عنایت به مطالب مذکور و با توجه به مواد (۲۳۹)، (۲۳۸)، (۲۳۷) و (۲۲۰) قانون مدنی الزام متعهد به اجرای تعهد با تمسک به اقدام مستقیم اجرایی بر سایر طرق مقدم بوده و دارای اولویت است.

به علاوه با عنایت به اینکه عقود منعقدہ بین طرفین، لازم الاتباع بوده و متعهد ملزم به رعایت مفاد آن است لذا بر اساس قاعده فقهی اصاله اللزوم در عقود، اصل بر لزوم بوده و طرفین نمی توانند آن را به هم زدن و مکلف و ملزم به اجرای مفاد و تعهدات ناشی از آن هستند چنان که ماده (۲۱۹) قانون مدنی نیز به همین مسئله اشاره دارد. برخی از حقوقدانان نیز به این مطلب اشاره داشته و می گویند: «در حقوق ما، اصل، لزوم قرارداد است. این حکم را در صورتی می توان از عقد برداشت که ضرری ناروا از آن برخیزد و لزوم جبران ضرر، امکان فسخ عقد را توجیه کند. تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد امکان دارد، این ضرورت (امکان فسخ) احساس نمی شود»^۱.

۴-۲. اقدام غیر مستقیم اجرایی

مقصود از اقدام غیر مستقیم اجرایی این است که متعهد از طریق تمسک به شیوه‌ها و ضمانت اجراهای قانونی در وضعیتی قرار گیرد که مجبور به اجرای تعهد گردد. به عبارت دیگر با تقاضای متعهدله، دادگاه متعهد را در وضعیتی قرار می دهد که ناچار به انجام تعهد خویش شود. اقدام غیر مستقیم به دو صورت، الزام مالی و الزام بدنی انجام می شود.

۴-۲-۱. الزام مالی

بر این اساس مرجع قضایی با ایجاد فشار مالی بر متعهد، وی را مکلف می سازد که به انجام تعهدش مبادرت ورزد. در فرضی که اجبار مستقیم متعهد به اجرای تعهد، غیر مقدور بوده و مباشرت متعهد در اجرا شرط نباشد، دادگاه می تولند به خرج متعهد موجبات انجام آن را فراهم کند، یعنی می تولند به متعهدله یا شخص دیگری اجازه دهد تا تعهد را اجرا نماید. مواد (۲۲۲) و (۲۳۸) قانون مدنی به این امر تصریح دارند. بنابراین در تعهدی که قائم به شخص متعهد نیست الزام مالی متعهد ممکن بوده و متعهد متخلف به پرداخت هزینه‌ها و مخارج صرف شده در راستای اجرا، محکوم می گردد.

همچنین در ماده (۱) قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ آمده است: «هر کس به موجب حکم دادگاه به دادن هر نوع مالی به دیگری محکوم شود و از اجرای حکم خودداری کند. اموال محکوم علیه با رعایت مستثنیات دین و مطابق قانون اجرای احکام مدنی توقیف و از محل آن حسب مورد محکوم به یا مثل یا قیمت آن استیفاء می شود»^۲.

۴-۲-۲. الزام بدنی

^۱ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص ۲۶۵.

^۲ صفایی، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، صص ۳۱۱-۳۰۹.

به موجب این روش متعهد توقیف یا حبس می‌شود تا از این طریق مجبور شود تعهد خویش را انجام داده یا دینش را اداء کند. البته حبس متعهد، جهت الزام وی به اجرای تعهد، در حالتی جایز است که اعسار او اثبات نگردیده باشد.

ماده (۳) قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ مقرر می‌دارد: «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...»^۱.

بنابراین به موجب ماده مذکور در خصوص حبس مدیون یا الزام بدنی وی باید گفت: تا زمانی که اقدام مستقیم اجرایی و نیز توقیف و فروش اموال مدیون ممکن باشد، حبس نخواهد شد. همچنین در ماده (۱) قانون مارالذکر تصریح گردیده که اگر محکوم به، عین معین باشد، اخذ شده و به محکوم له تسلیم می‌شود و در فرضی که مورد حکم، عین معین نبوده یا امکان رد عین نباشد، اموال وی توقیف شده و به فروش می‌رسد. به علاوه چنان که اشاره شد در صورت عدم اثبات اعسار است که مدیون حبس می‌گردد.^۲

البته در برخی موارد و بطور استثنایی، قانون‌گذار در تعهدات غیر مالی نیز بازداشت مدیون جهت اجرای تعهد را تجویز نموده است. به عنوان نمونه در ماده (۴۰) قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ مقرر شده است: «هر کس از اجرای حکم دادگاه در مورد حضانت طفل استنکاف کند یا مانع اجرای آن شود یا از استرداد طفل امتناع ورزد... تا زمان اجرای حکم بازداشت می‌شود»^۳.

^۱ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص ۵۱.

^۲ شعاریان، ابراهیم؛ ترابی، ابراهیم، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، تبریز، انتشارات فروزش، چ ۱، ۱۳۸۹ش. ص ۲۶۴.

^۳ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص ۲۰۰.

نتیجه گیری

اگر در جوامع بسیط گذشته طی کردن مراحل الزام متعهد، امری سهل و آسان می‌نمود، در جامعه‌ی پیچیده‌ی امروز که روابط و مبادلات اقتصادی، اقتضای سرعت و مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات در بازه‌ی زمانی کمتر را دارد، تحمیل شرایطی که در قانون مدنی ذکر شده به متعهدله برای آنکه بتواند قرارداد را فسخ کند و بدتر از آن، منحصر دانستن اختیار متعهدله به اجبار متعهد و دریافت خسارت تاخیر از او، علاوه بر اینکه با مقتضیات جامعه امروزی تطابق ندارد، تحمیلی ناروا و غیر عادلانه است؛ چرا که دچار ساختن متعهدله به اینکه ضمن التزام به مفاد قرارداد، بدوا تقاضای اجبار به انجام عین تعهد را از دادگاه نموده و مسیر سنگلاخی آن را بپیماید، با توجه به مشکلات عملی مربوط به اجرای الزامی و مراجعه به محاکم از قبیل طرح دعوا بر طبق آئین دادرسی مدنی و اطاله‌ی دادرسی ناشی از کثرت دعاوی اقامه شده در محاکم، حکمی است ضرری که موجبات ضرر و عسر و حرج متعهدله را فراهم می‌نماید در حالیکه عدالت ایجاب می‌کند که از دو طرف تعهد یکسان حمایت شود.

با توجه به جهات موصوف، به نظر می‌رسد که انحصاری و مطلق تلقی نمودن شیوه اولیه مقابله با نقض قرارداد از طریق «الزام اجرای عین تعهد تا حد امکان» با توجه به تغییر مبانی قانونی و شرایط اقتصادی و اجتماعی، پاسخگوی ضرورت‌ها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه نیست، در حالی که روشن‌بینی در آن است که اقتضای زمانه درک شود و مصالح و مفاسد نیز در وضع و تفسیر و اجرای قواعد حقوق نقش مهم داشته باشد، چرا که حقوق مجموع قواعد زندگی در اجتماع است و نمی‌تواند از نیازها و ضرورت‌های این زندگی دور بماند.

بر همین اساس، یکی از شیوه‌های مشترک جبران خسارت در فقه امامیه و حقوق ایران الزام متعهد به اجرای تعهدات قراردادی است. به موجب این شیوه هرگاه متعهد از اجرای تعهدات قراردادی خویش خودداری نماید ملزم به انجام و اجرای تعهدات مزبور خواهد شد که این الزام و اجبار توسط مقامات ذی‌صلاح و حسب تجویز قانونی صورت می‌پذیرد. در فقه امامیه و حقوق ایران الزام به اجرای تعهد از دو طریق که در طول یکدیگر قرار دارند

صورت می‌گیرد: اقدام مستقیم اجرایی و اقدام غیر مستقیم اجرایی که خود به دو قسم یعنی الزام مالی (همچون توقیف اموال) و الزام بدنی (حبس) تقسیم می‌گردد.

با توجه به مواد (۲۳۹)، (۲۳۸)، (۲۳۷) و (۲۲۰) قانون مدنی الزام متعهد به اجرای تعهد با تمسک به اقدام مستقیم اجرایی بر سایر طرق مقدم بوده و دارای اولویت است و در صورت غیرمقدور بودن تمسک به این شیوه باید از سایر طرق بهره جست. در فقه، با فرض امکان الزام و اجبار متعهد به اجرای تعهد، متعهد له حق فسخ قرارداد را نخواهد داشت. لیکن بر خلاف نظر مشهور، برخی از فقهاء متعهدله را در فرض تمکن از اجبار متعهد، مخیر بین فسخ و اجبار دانسته‌اند. در فرض نقض تعهدات قراردادی، متعهدله در انتخاب شیوه جبران خسارت آزاد خواهد بود یعنی می‌تواند خواستار الزام وی به انجام تعهدات مزبور گردد و یا آنکه قرارداد را فسخ نماید. مضافاً اینکه توسل به طرق مزبور متعهد له را از حق دریافت خسارت محروم نخواهد ساخت، حکمی که ناشی از تفاوت مبنایی این اسناد با حقوق داخلی است یعنی فسخ قرارداد و متعاقباً پرداخت به متعهدله شیوه کامل جبران خسارت تلقی شده و از این راه است که منافع شخص خسارت دیده (متعهدله) به بهترین شکل ممکن تامین خواهد شد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

* نهج البلاغه

الف. منابع فارسی

امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامیه، بی‌جا، بی‌تا.

شعاریان، ابراهیم؛ ترابی، ابراهیم، *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران*، تبریز، انتشارات فروزش، چاپ اول، ۱۳۸۹ش.

شهیدی، مهدی، *آثار قراردادهای و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۶ش.

صالحی‌مازندرانی، محمد، *جزوه حقوق مدنی پیشرفته*، بی‌جا، بی‌تا.

صفایی، سیدحسین، *قواعد عمومی قراردادهای*، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۷ش.

فخارطوسی، جواد، *در محضر شیخ انصاری*، قم، نشر مرتضی، چاپ دوم، ۱۳۷۵ش.

کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۰ش.

کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸ش.

کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۹۳ش.

لنگرودی، محمدجعفر جعفری، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، بنیاد راستاد، ۱۳۶۳ش.

احسائی، ابن ابی جمهور، *الاقطاب الفقیهیه علی مذهب الامامیه*، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

الاصفہانی، شیخ محمدحسین، *حاشیہ المکاسب*، قم، موسسه نشر اسلامی، بی تا.

اصفہانی، فتح الله بن محمد (شیخ الشریعہ)، *نخبہ الازہار فی احکام الخیار*، قم، دارالکتاب، چاپ اول، ۱۳۹۸.

انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، *صراط النجاه*، قم، گنجره جهانی شیخ انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، *کتاب المکاسب (ط - الحدیثہ)*، قم، گنجره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

بصری بحرانی، محمدامین زین الدین، *کلمة التَّوَّی*، قم، بی تا، چاپ سوم، ۱۴۱۳ق.

حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه‌ی مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

حلی، حسن بن یوسف (علامه‌ی حلی)، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه (ط - الحدیثہ)*، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

حلی، حسن بن یوسف (علامه‌ی حلی)، *تذکره الفقهاء (ط - الحدیثہ)*، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

خالصی، محمدباقر، *احکام المحبوسین فی فقه الجعفری*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، نشر مدینه العلم، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

روحانی، سیدصادق، *منهاج الفقاهه*، قم، انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ق.

سبحانی، جعفر، *دراسات موجزه فی الخیارات والشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ق.

شوشتری، محمدتقی، *النجه فی شرح اللمعه*، تهران، کتاب فروشی صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیہ المکاسب*، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید اول)، *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه‌ی مدرسین، چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.

عاملی، محمدبن مکی (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، قم، کتاب فروشی مفید، چاپ اول، بی‌تا.

عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، موسسه‌ی المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

عراقی، آقاضیاء‌الدین، *حاشیه مکاسب*، مقرر: میرزا ابوالفضل نجم آبادی، قم، انتشارات غفور، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

فیض کاشانی، محمدمحسن، *النخبه فی الحکمه العمليه والاحکام الشرعیه*، قم، مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.

کرکی (محقق ثانی)، شیخ علی بن حسین، *جامع المقاصد*، موسسه آل‌البیت، چاپ اول، ۱۴۱۱ق.

مجاهدحائری، سیدمحمد، *کتاب المناهل*، قم، موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول، بی‌تا.

مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمه*، قم، نشر تفکر، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

موسوی‌بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

موسوی‌خمینی، سیدروح‌الله، *نجاه العباد*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

نجفی کاشف‌الغطاء، احمد بن علی، *سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات*، نجف، موسسه کاشف‌الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۳ق.

نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

نراقی، محمد مهدی، *انیس التجار (محشی)*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۵ق.

نراقی، ملااحمد، *عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

داراب‌پور، مهرباب، «ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد»، *مجله تحقیقات حقوقی تهران*، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۹، بهار و تابستان، ۱۳۷۹ش.

شیروی، عبدالحسین، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره اول، زمستان ۱۳۷۸ش.

صفایی، سید حسین؛ الفت، نعمت‌اله، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، *مجله نامه مفید*، شماره ۷۹، شهریور ۱۳۸۹ش.