

ORIGINAL ARTICLE

A Jurisprudential and Legal Analysis of Enforcement and Termination Remedies in Personal Service Obligations

Mahdi Sajadikia¹, Sayyed Mohammad Mahdi Ghabooli Dorafshan², Abdollah Khodabakhshi Shalamzari³

1. Ph.D. Student of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran, Researcher of Judiciary Research Institute.

2. Full Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

Correspondence:

Sayyed Mohammad Mahdi Ghabooli Dorafshan

Email: ghaboli@um.ac.ir

Received: 17/May/2024

Revised: 10/June/2025

Accepted: 10/Aug/2025

Published: 22/Sep/2025

How to cite:

Sajadikia, M.; Ghabooli Dorafshan, S.M.M.; Khodabakhshi Shalamzari, A. (2024). A Jurisprudential and Legal Analysis of Enforcement and Termination Remedies in Personal Service Obligations, Civil Law Knowledge, 14 (1), 29-48. (DOI: [10.30473/clk.2025.71315.3267](https://doi.org/10.30473/clk.2025.71315.3267))

ABSTRACT

Obligations requiring the personal performance of the obligor, due to their inherently unique and specific mode of execution, necessitate distinct remedies that must be applied in accordance with the legislator's intent and the principles of law and Islamic jurisprudence. Given the emphasis in Iranian law and judicial practice on specific performance, all forms of enforcement must be considered, not merely direct and physical enforcement. The coercive fine, derived from the explicit language of the Note to Article 47 of the Law on Enforcement of Civil Judgments and grounded in jurisprudential principles such as ta'zīr, constitutes a form of enforceability applicable to such obligations. This study, conducted using a library-based and descriptive-analytical approach, explores the nature of personal obligations and, considering the jurisprudential and legal debate over vertical and horizontal remedies (specific performance and termination), evaluates the appropriate remedies and their application. While Iranian law favors a vertical structure of remedies, the obligee may still be granted the option to choose between specific performance and termination, even where indirect enforcement such as a coercive fine is applicable.

KEYWORDS

Personal Obligations, Personal Performance by the Obligor, Penalty for Coercion, Rescission of Contract.



«مقاله پژوهشی»

تأملی فقهی و حقوقی در ضمانت اجرای الزام متعهد و فسخ قرارداد در تعهدات مقید به مباشرت متعهد

مهدی سجادی کیا^۱، سید محمد مهدی قبولی درافشان^۲، عبدالله خدابخشی شلمزاری^۳

چکیده

بی توجهی به طراحی و به کارگیری ضمانت اجرای مناسب در قراردادهای می تواند فرآیند اجرای تعهدات را با چالش های جدی مواجه سازد و اهداف قرارداد را ناکام گذارد. در این میان، «جریمه اجبار» به عنوان یکی از ابزارهای الزام غیرمستقیم متعهد، علی رغم پیشینه و کارکرد آن در نظام های حقوقی مختلف، در ادبیات حقوقی ایران کمتر مورد واکاوی قرار گرفته و در مرحله اجرا نیز جایگاهی نهادینه نیافته است. این نهاد که برخی آن را حتی مقدم بر فسخ قرارداد و مؤید اصل لزوم قراردادهای می دانند، در فقه امامیه نیز با اتکا به قواعدی نظیر قاعده تعزیر، قاعده لا ضرر و اصل لزوم، قابل تبیین و اعمال است. پژوهش حاضر با روشی توصیفی-تحلیلی و بر پایه منابع کتابخانه ای، به مطالعه تطبیقی مفهوم و مبانی جریمه اجبار در فقه امامیه و نظام های حقوقی منتخب می پردازد و با نقد تلقی رایج از تقدم فسخ بر الزام، بر آن است تا نسبت میان جریمه اجبار و فسخ قرارداد را به مثابه دو ضمانت اجرای هم عرض و مستقل تحلیل نماید. یافته های تحقیق بیانگر آن است که می توان با اتکا بر مبانی فقهی و اصول کلی حقوقی، جریمه اجبار را نه در رتبه ای فروتر از فسخ، بلکه به عنوان نهادی مستقل و مکمل برای تضمین اجرای تعهدات قراردادی بازشناخت.

واژه های کلیدی

تعهدات قائم به شخص، جریمه اجبار، فسخ قرارداد، مباشرت متعهد.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران، پژوهشگر پژوهشگاه فقه قضاییه.
۲. استاد تمام، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

نویسنده مسئول:

سیدمهدی قبولی درافشان

رایانامه: ghaboli@um.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۱۹

تاریخ چاپ: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

استناد به این مقاله:

سجادی کیا، مهدی؛ قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی؛ خدابخشی شلمزاری، عبدالله (۱۴۰۴). تأملی فقهی و حقوقی در ضمانت اجرای الزام متعهد و فسخ قرارداد در تعهدات مقید به مباشرت متعهد، دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی، ۱۴ (۱)، ۲۹-۴۸.

(DOI: 10.30473/clk.2025.71315.3267)

مقدمه

یکی از بارزترین ارتباطات اجتماعی، ارتباط حقوقی از طریق انعقاد قرارداد است که طرفین به سودای دستیابی به عوض قراردادی جهت رفع نیاز و احتیاج خود، مبادرت به آن می‌کنند و در این مسیر انتظار آن است که هریک از طرفین نسبت به اجرای تعهدات خود اقدام کند. فی نفسه برای تحقق اجرای تعهدات، در نظام‌های حقوقی مختلف، ضمانت اجراهای مختلفی ازجمله الزام متعهد و فسخ قرارداد پیش‌بینی شده است. همچنین منطق اقتضا می‌کند که در مقابل هر تعهدی، ضمانت اجرایی قرار داده شود و بی‌شک این دو با یکدیگر ملازمه دارند. از همین‌رو و به جهت برقراری نظم اجتماعی، ضمانت اجرایی که در راستای اجرای قرارداد به کار گرفته می‌شود، الزام متعهد به انجام تعهدات خود است که در نظام‌های حقوقی مختلف ازجمله، فرانسه^۱، مصر (سنه‌وری ۱۹۹۸: ۷۵۸) و مشخصاً نظام حقوقی ایران (شیروی ۱۴۰۰: ۲۵؛ کاتوزیان ۱۳۹۸: ۲۲۶) مورد اشاره قرار گرفته است. در کنار الزام متعهد بر اجرای آن چیزی که در قرارداد برعهده گرفته، ضمانت اجرای دیگری که در راستای انحلال قرارداد مورد استفاده قرار می‌گیرد، فسخ قرارداد است که می‌تواند ناشی از تخلف متعهد و نقض تعهد توسط او باشد. یکی از مباحث اختلافی در فقه و حقوق، نحوه استفاده و به‌کارگیری این دو ضمانت اجرا می‌باشد که در این باره به تفصیل بحث شده است. برخی ازجمله قانونگذار ایران، در وهله اول قائل بر الزام متعهد بوده و برخی قائل بر پذیرش رابطه عرضی الزام و فسخ قرارداد هستند و متعده را میان الزام متعهد و فسخ قرارداد مخیر می‌دانند.

حال این مسئله درخور توجه ویژه است که در تعهدات مقید به مباشرت متعهد و یا همان تعهدات قائم به شخص، بایستی چه ضمانت اجرایی را اعمال نمود و در راستای خواسته متعده که اجرای صحیح تعهد است، چه گامی برداشت؟ درخصوص تعهدات مقید به مباشرت متعهد، قانونگذار با وضع ماده ۲۶۸ قانون مدنی بیان می‌دارد که امکان اجرای تعهد به قید مباشرت توسط شخصی غیر از

متعهد وجود ندارد مگر آنکه متعده رضایت دهد. به عبارت دیگر، در صورتی که مباشرت در تعهد شرط باشد نه قید، متعده می‌تواند اجرای تعهد را توسط شخصی غیر از متعهد تقاضا نماید و وفق ماده ۲۳۸ قانون مدنی، هزینه انجام تعهد را متعهد بپردازد، اما این نکته قابل توجه است که اگر متعده رضایت به انجام تعهد توسط شخصی غیر از متعهد ندهد، یا ماهیت قرارداد مباشرت متعهد را ایجاب کند (مباشرت قید باشد نه صرفاً شرط) باید به چه ضمانت اجرایی متوسل شد؟ آیا باید وفق تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، انجام تعهد را از طریق جریمه اجبار به‌عنوان یکی از شقوق الزام که به نظر نگارنده الزام غیرمستقیم می‌باشد، ممکن دانست یا باید امکان الزام غیرمستقیم و اجرای تعهد را منتفی تلقی کرد و تنها برای متعده حق فسخ قرارداد را قائل شد؟ هرچند نظام حقوقی ایران الزام متعهد را اصولاً مقدم بر فسخ قرارداد می‌داند و مبتنی بر این دیدگاه؛ جریمه اجبار در تعهدات مقید به مباشرت متعهد متقدم بر فسخ است، می‌توان با ارائه ادله فقهی و حقوقی و اقتضائات زمانی، عقیده بر تخییری بودن الزام (جریمه اجبار) و فسخ را برای متعده توجیه کرد.

در زمینه ضمانت اجرای تعهدات قائم به شخص مطالعات حقوقی قابل توجهی انجام نشده و آثار موجود نیز اغلب به یک رویکرد محدود بسنده کرده‌اند. برای نمونه، برخی پژوهشگران تنها راه حل قابل اعمال در فرض امتناع متعهد از ایفای این دسته از تعهدات را فسخ قرارداد دانسته‌اند (فصیحی‌زاده و طاهری، ۱۴۰۱: ۲۱۴) و عملاً اجرای این گونه قراردادهای را با بن بست مواجه ساخته‌اند. بعضی نیز جریمه اجبار را با مطالعه تطبیقی در ایران و فرانسه (ایزانلو، شاهین، ۱۳۹۹: ۶۱) و برخی به‌عنوان ضمانت اجرای قابل اعمال در کنار خسارت تنبیهی و وجه التزام بحث کرده‌اند (سیمایی صراف و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۰۳) بدون آنکه بحث را در مبانی به تفصیل بکشانند. در این پژوهش، پس از تبیین مفهوم تعهدات مقید به مباشرت متعهد، به بررسی ضمانت اجراهای الزام و فسخ در این نوع تعهدات پرداخته می‌شود. در ابتدا، سازوکارهای الزام

مستقیم و غیرمستقیم (جریمه اجبار) در تعهدات قائم به شخص، با اشاره به مبانی فقهی و حقوقی، مورد تحلیل قرار می‌گیرد. سپس، با تمرکز ویژه بر آرای فقهای امامیه، به بررسی رابطه طولی و عرضی میان ضمانت اجرای الزام و فسخ در این گونه تعهدات پرداخته خواهد شد.

تعهدات به قید مباشرت متعهد و ایجاد آن

اگر تعهدات از حیث وجوب دخالت متعهد مورد ارزیابی و مذاقه قرار گیرد، می‌توان گفت به تعهداتی منقسم می‌شوند که یا مباشرت مستقیم متعهد در اجرای تعهد دارای وجوب است و یا آنکه مباشرت و دخالت او لزومی ندارد و مهم اجرای تعهد است.

در تعریف مباشرت، فعلی را که فاعل بدون واسطه انجام دهد، آورده‌اند (انوری، ۱۳۸۲: ۲۰۵۴) که از معنای اصطلاحی آن در حقوق به دور نیفتاده؛ به این معنا که مباشرت در حقوق را، انجام دادن عمل حقوقی توسط شخص بدون نماینده و واسطه گفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۶۰۹). همچنین می‌توان گفت هنگامی که شخصی به کاری اقدام کند و شخصاً آن را انجام داده و به پایان برساند؛ به‌طوری که در انتها و پس از پایان عمل، آن عمل را مستقیماً منتسب به او بدانند، مباشرت محقق شده است. مباشرت در انجام تعهد نیز بدین صورت خواهد بود؛ یعنی متعهد شخصاً نسبت به انجام تعهد خود اقدام کند و نماینده و یا واسطه‌ای برای انجام تعهد خود نگیرد.

مباشرت متعهد در انجام تعهد ممکن است به شکل قید و یا به صورت شرط در قرارداد گنجانده شود که هر کدام از دیگری متفاوت بوده و آثار مختلفی برجای خواهد گذاشت. هرگاه مباشرت صرفاً شرط (شرط مهم و یا فرعی که در قرارداد ذکر شده است) باشد، با انتفای شرط، قرارداد منحل نمی‌گردد و تنها ممکن است برای مشروط له حق فسخ ایجاد شود؛ زیرا شرط جزئی از ذات عقد نیست، بلکه عارض شده به عقد است که قابلیت انفکاک دارد (خیار اشتراط در مواد ۲۳۹ و ۲۶۸ قانون مدنی)، اما هنگامی که مباشرت قید

باشد، قابلیت انفکاک میان متعهد و تعهد وجود نخواهد داشت و بدیهی است که با انتفای قید، یعنی مباشرت، مقید، یعنی تعهد، نیز از بین می‌رود و به تبع تعهد، قرارداد نیز منحل می‌شود (طباطبائی، ۱۳۶۸: ۲۰۸).^۱ به‌عنوان مثال، هنگامی که شخصی برای کشیدن یک نقاشی به هنرمندترین و حاذق‌ترین نقاش (مثلاً لئوناردو داوینچی) مراجعه می‌کند و کشیدن نقاشی مورد تراضی قرار می‌گیرد، اگر مباشرت نقاش قید باشد، در صورتی که نقاش بمیرد دیگر کشیدن نقاشی منتفی خواهد شد، چون آنچه که موضوعیت داشته، «مباشرت» نقاش در کشیدن نقاشی بوده است نه صرفاً کشیدن نقاشی. مباشرت متعهد در این حالت، بالذات عقد است نه بالعرض. بنابراین، کشیدن نقاشی توسط هر نقاش دیگری امکان پذیر نخواهد بود ولو اینکه بخواهد توسط نقاش زبردست دیگری انجام شود.

لازم به ذکر است که گاهی شرط ذیل قرارداد تنها مبین شرط ضمن عقد (به‌عنوان فروع قرارداد) نیست و از تراضی طرفین احراز می‌گردد که شرط در مقام قید است که در این حالت با انتفای قید (شرط ضمن عقد) قرارداد از بین می‌رود؛ زیرا شرط از فروع قرارداد نیست، بلکه اساس قرارداد محسوب می‌گردد. در هر حال در این نوع تعهدات اقدام بی‌واسطه متعهد در انجام تعهد اهمیت دارد و اگر دخالت شخص موردنظر در انجام عمل بدین حالت موجود نباشد، انجام عمل قابل قبول نیست، ولو اینکه کیفیت اجرای تعهد به نحو احسن صورت پذیرد.

قانون مدنی با مقرر نمودن ماده ۲۶۸ که بیان می‌کند: «انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد به وسیله دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهدله»، وجه افتراق تعهداتی که مباشرت متعهد در آن وجود دارد و سایر تعهداتی که مقید به چنین قیدی نیستند را بیان داشته است. به‌نظر می‌رسد این نظریه و دیدگاه ریشه اصلی خود را در مکتب فردگرایانه آ دارد. در این مکتب که شدت فردگرایی متعهد به اوج خود می‌رسد، اجرای تعهد تمام و کمال به متعهد باز می‌گردد و او شخصاً باید در انجام

۱. إذا انتفی التیید انتفی المقید.

برسد. برخی حقوقدانان در این باره گفته‌اند که ضمانت اجرا به‌عنوان نهاد حقوقی مهمی، ابزاری است که به‌صورت مستقیم و یا غیرمستقیم ظهور می‌کند و در جهت انجام دادن الزامات قانونی و قراردادی به‌کار بسته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۴۷). از طرفی قرارداد پس از ایجاد لازم الاجرا شناخته می‌شود (موحد، ۱۳۹۸: ۳۶۷) و امکان بر هم زدن نخواهد داشت.

اجرای قرارداد از جهات مختلفی اهمیت قابل توجهی دارد؛ به نحوی که در بسیاری از موارد قانونگذار با اتکا به نظرات فقهی (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۴۴)؛ الزام متعهد از طرق گوناگون را مرجع بر فسخ قرارداد دانسته و امکان درخواست اجبار متعهد توسط مقامات ذی‌صلاح، در صورت عدم رغبت متعهد به اجرای تعهد، برای متعهدله پیش‌بینی شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۱۳). در مقابل برخی با استناد به برخی ادله فقهی و اصول حقوقی، تخییر در حق الزام متعهد و حق فسخ قرارداد برای متعهدله را پیش‌بینی کردند که در ادامه به تفصیل بررسی خواهد شد.

ضمانت اجرای مطلوب و اثرگذار در تعهدات دارای ویژگی‌های متعددی است. یکی از بارزترین و مهم‌ترین خصایص ضمانت اجرا، بازدارنده بودن آن از تخلف نسبت به اجرای مفاد قراردادی می‌باشد. بازدارندگی ضمانت اجرای قراردادی در معنای دقیق خود، یعنی ایجاد وضعیتی برای متعهد، به جهت عدم تخلف نسبت به آنچه که وی بر عهده گرفته و باید انجام دهد. به عبارت دیگر، اگر بازدارندگی از تخلف نسبت به مفاد قراردادی را یک روی سکه بدانیم، معمولاً اجرای تعهد مطابق قرارداد، روی دیگر سکه خواهد بود. البته قابل توجه است که وجود بازدارندگی در ضمانت اجرا با توجه به تعهد و شرایط آن متفاوت خواهد بود. مثلاً در تعهداتی که انجام تعهد به وسیله متعهد موضوعیت پیدا می‌کند، اجرای تعهد با اراده متعهد همبستگی دارد و نمی‌توان برای رسیدن به اجرای مطلوب، به زور و اجبار مادی توسل جست؛ زیرا دارای وصف بازدارندگی نیست.

تعهد موردنظر اقدام و مبادرت نماید و آن چنان شخصیت مدیون برای اجرای تعهد، مورد نظر طلبکار است که وی اجرای تعهد توسط شخصی غیر از متعهد را به ورطه اندیشه راه نمی‌دهد. در این مکتب مباشرت شخص متعهد علاوه بر تعهدات به قید مباشرت، تا حدی ریشه می‌دواند که تعهدات پولی را نیز متأثر ساخته و بر تعهدی که موضوع آن مقداری پول باشد هم حکومت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۹-۶۱).

در اسباب ایجاد تعهدات هرچند برخی از حقوقدانان اشاره‌ای مختصر و اجمالی به اسباب ایجاد این نوع از تعهدات داشتند (شیروی، ۱۳۹۶: ۲۲۳)، اما به‌طور دقیق‌تر می‌توان بیان داشت که سبب ایجاد تعهدات مقید به مباشرت متعهد می‌تواند ناشی از ماهیت قرارداد و یا تراضی طرفین باشد. در حقوق و تکالیف طرفین نسبت به یکدیگر که از عقد نکاح ناشی می‌شود، وظایفی وجود دارد که مباشرت در آن به‌طور ناخودآگاه ملحوظ طرفین است و قید مباشرت نیازی به تصریح ندارد، بلکه مستتر در عقد است، مانند ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی در خصوص حسن معاشرت زوجین و ماده ۱۱۰۵ همین قانون در خصوص ریاست زوج بر خانواده، که برخی ضمانت اجرای تخلف از آن را جریمه اجبار بر شمردند (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۲۸)، اما در برخی موارد توافق طرفین مباشرت متعهد را ایجاب می‌کند و البته گاهی حکم مباشرت متعهد در انجام تعهد، ناشی از عرف است.

ضمانت اجرای قابل اعمال در تعهدات مقید به مباشرت متعهد

ضمانت اجرا به‌عنوان مهم‌ترین رکن قرارداد، درصدد حصول نتایجی وضع می‌گردد که هدف اصلی و نهایی آن، مطابق اصول حقوقی و حتی اخلاقی، اجرای عین قرارداد به همان کیفیت و کمیتی است که مورد تراضی طرفین بوده و گراف نیست اگر گفته شود ضمانت اجرا در مقام عملی شدن سبب آن می‌شود که آنچه مورد تعهد واقع شده، به سرانجام خود

۱. ایشان با استناد به مبانی فقهی همانند آیه وجوب وفا و قاعده لزوم قراردادهای، الزام متعهد به اجرای تعهد از طرق مختلف را بر فسخ قرارداد مقدم می‌دانند.

۱. الزام متعهد در تعهدات به قید مباشرت متعهد

الزام به معنای ظلم، ستم، جبر و هر عملی از روی عدم میل و رغبت و با کراهت آمده است (ناظم الاطباء، ۱۳۵۵: ۹۲). الزام در تعهدات؛ یعنی متعهد برخلاف میل و رغبت به انجام عملی سوق داده شود که وی سابقاً تعهد به انجام آن داده است. این نهاد حقوقی به عنوان ضمانت اجرایی مهم و مستند به مبانی مختلف، از جمله اصل لزوم قراردادهای (کرکی، ۱۴۱۴: ۲۸۲)، قاعده ولایت (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۲۰۲-۲۰۸) و قاعده لاضرر توجیه می‌شود. گفتنی است که اجرایی شدن تعهدات اعم از آن که قراردادی باشد و یا غیر قراردادی، مبنای نظام اجتماعی است؛ در نتیجه الزام متعهد به انجام تعهداتش چه به صورت مستقیم و چه به صورت غیرمستقیم، اساس این نظام به حساب می‌آید (شقوق مختلف الزام موضوعیت دارد). اگر متخلفی که علاقه و میلی به اجرایی شدن تعهداتی که پذیرفته نشان نمی‌دهد را نتوان ملزم به اجرایی کردن تعهداتش نمود، آنچه تحت عناوین تکلیف و تعهد در روابط اجتماعی وجود دارد، مفهوم خود را از دست داده و اینکه شخصی را به فعل و یا ترک فعلی متعهد بدانیم؛ در صورتی که امکان وادار نمودن او به اجرای آن فعل و ترک فعل نباشد، زینده نظام حقوقی و جوامع انسانی نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۶: ۴۴). بر این اساس الزام متعهد به عنوان ضمانت اجرایی کاربردی و بر مبنای ادله حقوقی و فقهی، در تعهدات مقید به مباشرت متعهد، بازتاب ویژه‌ای دارد که باید اقسام آن را شناخت و با نظر به میزان تأثیر بر متعهد، از بعضی اقسام آن بهره برد. در این بخش الزام مستقیم به معنای اجبار مادی و الزام غیرمستقیم؛ یعنی تحمیل وضعیتی بر متعهد از طرق معنوی و امکان اعمال آن در تعهدات قائم به شخص مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. الزام مستقیم (اجبار متعهد) در تعهدات به قید مباشرت متعهد

الزام مستقیم به معنای فشار مادی و اجبار هرچند در برخی تعهدات قابلیت اجرا دارد، لکن در تعهدات مقید به مباشرت متعهد قابل اعمال نبوده و در نهایت اثربخشی مطلوبی برجای نمی‌گذارد. در معنای الزام همان گونه که بیان شد، واردار کردن شخص با اجبار و کراهت همراه با عنصر مادی به انجام عمل است که با انجام تعهدات موردنظر که بایستی با اراده صورت گیرد، سازگار نیست. مثلاً دست نقاش زبردستی که تعهد به کشیدن نقاشی داده است، به اجبار قلم داد و دست او را بر روی صفحه گذاشت و حرکت داد. بنابراین، باید اذعان داشت که معمولاً اجرای این نوع تعهدات (قائم به شخص) با اراده و آزادی فردی همبستگی دارد و الزام مستقیم در نهایت موجب عدم کیفیت نتیجه خواهد شد. در این خصوص بسیاری از حقوقدانان نظر بر آن دارند که اجبار متعهد کارساز نخواهد بود (امامی، ۱۳۷۵: ۲۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۱۴ و ۱۱۷؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۸۴، حائری شاه‌باغ، ۱۳۷۶: ۲۱۹، صفایی، ۱۳۸۴: ۲۴۰)؛ زیرا اثر مفیدی برجای نخواهد گذاشت.

تأثیر از رویکردهای حقوقی حاکم در قرون وسطی و علی‌الخصوص قرن ۱۹، در اروپا الزام متعهد به انجام تعهد را، به طور کلی نوعی بردگی و منافی آزادی انسان، که از بنیادی‌ترین حقوق او به شمار می‌رود، یاد می‌کردند. در این باره برخی حقوقدانان اروپایی^۱ اظهار می‌داشتند که الزام به انجام تعهد نوعی بردگی را به همراه خواهد داشت و برخی دیگر^۲ بیان می‌کردند که بدهکار می‌تواند با پیشنهاد خسارت، خود را تبرئه کند؛ زیرا در کنار تعهد به انجام تعهد، یک تعهد دومی میان طرفین وجود دارد، آن هم تعهد به پرداخت خسارت است، پس نمی‌توان متکی بر تعهد اول، متعهد را از حقوق اساسی و بنیادی (آزادی) محروم کرد (Hallebeek, 2010: 34).

1. Dinus de Mugello

2. Bartolus de Saxoferrato

ابتدا به مفهوم و مبانی این نهاد حقوقی و سپس به کارگیری آن در برخی کشورها و اعتبار آن در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۱-۲-۱. مفهوم و مبانی جرمه اجبار

در تعریف جرمه گفتند «مجازات نقدی که از شخصی اخذ می‌نمایند تا نسبت به انجام کاری شخصاً اقدام کند» (ناظم الاطباء، ۱۳۵۵: ۹۲). در این باره، ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ بیان می‌داشت: «در صورتی که تعهد از نوع به قید مباشرت متعهد باشد، دادگاه می‌تواند در ذیل حکم صادر شده راجع به اصل دعوا و یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغ معینی را معلوم نماید که اگر محکوم علیه از اجرا و انجام مدلول حکم صادر شده استنکاف بورزد، مبلغ تعیین شده را به ازای هر روز تأخیر به متعهدله بپردازد» که برخی از علمای حقوق این بیان را تحت عنوان اجبار مالی و جرمه تأخیر مورد بررسی و تفقه قرار دادند (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۲۴-۱۲۵).

حال با امعان نظر به وجود وصف بازدارندگی در جرمه اجبار و این مهم که بازدارندگی، خود عامل تمایز مجازات از ضمانت اجرای مدنی است؛ به‌طوری که دیوان عالی ایالات متحده در دعوای هالپر علیه ایالات متحده^۳ در سال ۱۹۸۹ بدین وجه استدلال نمود که ضمانت اجرایی که هدف بازدارندگی دارد و تنها وصف جبران‌کنندگی آن مدنظر نیست، نوعی مجازات شناخته می‌شود (Eads, 1990: 930)، باید در تعریف جرمه اجبار گفت «نهادی است مبتنی بر اصول مدنی و کیفری که هدف غایی آن ایجاد تهدید و ارباب مالی برای متعهد است و با تقریر اهرم فشار مالی بر عهده متعهد، او را در مسیر اجرای تعهداتش که مباشرت وی را می‌طلبد سوق می‌دهد». برخی حقوقدانان اروپایی نسبت به تعریف این نهاد حقوقی نیز بیان می‌دارند که جرمه اجبار یک اقدام اجرایی است. به عبارتی یک اقدام تهدیدآمیز و ارباب‌کننده برای متعهد ممتنع

در نظام حقوقی کامن لا و رومی-ژرمنی، بر اساس تحولات موجود و آخرین دیدگاه‌های دکترین حقوقی، وعده به ارائه خدمات شخصی^۱ و تعهدات قائم به شخص، به دلیل نفی استقلال و آزادی فردی و ایجاد رابطه کاری ناسالم، قابل اجرا از طریق الزام مستقیم نیست (Dagan & Heller, 2023: 1331). در همین خصوص دادگاه عالی چانسر^۲ انگلستان در پرونده‌ای تاریخی،^۳ الزام مادی و اجبار بازگیر به ایفای نقش در تئاتر را ممکن ندانسته و الزام مستقیم در تعهدات شخصی و قائم به شخص را مخالف اصول حقوقی قلمداد می‌کند (Krawiec & Oman, 2025: 790). بنابراین، الزام مستقیم هرچند به‌عنوان قاعده کلی در تعهدات قابل اجراست ولی تعهدات مقید به مباشرت متعهد از دامنه شمول آن خارج خواهند بود و در این نوع از تعهدات باید از الزام غیرمستقیم سخن به میان آورد.

۱-۲. الزام غیرمستقیم (جرمه اجبار)

در تعهدات به قید مباشرت، بیش از اینکه از طریق الزام مستقیم، موضع اهرم فشار بُعد مادی و جسمی شخص باشد، باید تمرکز بیشتری بر بُعد معنوی او داشت و با فشار بر بعد معنوی و روانی، او را به سمت اجرای تعهد سوق داد. یکی از ضمانت‌اجراهای مورد نزاع حقوقدانان، نهاد جرمه اجبار است که مستنبط از تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق می‌باشد. این نهاد که از شقوق الزام در معنای عام به‌شمار می‌آید و در برخی از نظام‌های حقوقی نیز دیده می‌شود، همان جرمه مالی است که اعمال آن در تعهدات مطروحه قابل تأمل است. وفق مواد مذکور، دادگاه می‌تواند نسبت به تأخیر در اجرای تعهد مقید به مباشرت، جرمه‌ای را از قرار روزانه مشخص نماید. در واقع قانونگذار از طریق الزام غیرمستقیم و فشار مالی و معنوی، متعهد مستنکف را به اجرای تعهدات هدایت می‌کند.

3. *Kemble v. Kean* (1829)

4. *Halper V United States*

1. personal services

2. Chancery

استه که با جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد متفاوت می‌باشد (Landrove & Greuter, 2008: 276).

جریمه اجبار به عنوان نهادی کاربردی در نظام حقوقی ایران، با بسیاری از منابع فقهی و اصول حقوقی قابل تطبیق است. در همین راستا برخی معتقدند که عدم به کار بردن جریمه اجبار در موارد مقتضی، برخلاف اصول و قواعد حقوقی و فقهی از جمله قاعده لزوم و تعزیر است (سیمایی صراف و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۰۷). به عبارت دیگر، مبانی مهمی چون اصل لزوم و استحکام قراردادها، قاعده ولایت و قاعده تعزیر توجیه کننده استفاده از جریمه اجبار هستند که در ادامه به تفصیل بررسی می‌شود.

در میان فقها، بسیاری با استناد به آیات (آیه وجوب وفا) و روایات مختلف (المؤمنون عند شروطهم) عمل به مقتضای عقد را واجب دانسته و بر آن حکم تکلیفی بار نمودند. به عنوان مثال سید میر عبدالفتاح در «الناوین الفقهیه» با استناد به آیه وجوب وفا بیان می‌دارد: «ظاهر امر در این آیه، وجوب وفای به هر عقدی است. حال، هر چیزی که بر مکلفین وفای به آن واجب باشد (حکم تکلیفی)، صحیح خواهد بود» (الحسینی، ۱۴۱۷: ۱۰).^۱ بنابراین، انجام تعهدات و مفاد قراردادی اعم از آنکه اصل باشد یا فرع، صریح باشد یا ضمنی، بر متعاقدين لازم و واجب شرعی است. همچنین برخی اظهار داشتند حکم وجوب بر ایفای تعهدات ناشی از عقد نه تنها بر عقود منعقد میان مسلمین، بلکه بر عقود میان مسلم و کافر نیز حاکم خواهد بود و سر باز زدن از آن حرام است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۳۰).

مرحوم ملا احمد نراقی ذیل بحث شروط در عوائد، وجوب وفای به هر عهد و وعده‌ای را با استناد به روایات و بیانات سایر فقها ادعا می‌کنند. ایشان در این باره نه تنها تعهدات ناشی از عقود، بلکه وفا به هر وعده‌ای را دارای حکم تکلیفی وجوب یاد کرده و بیان می‌دارند که ترک آن معصیت و حرام است (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۲).^۲ سید یزدی نیز به طور مفصل و بیش از همه با ارائه ادله متقن و با طرح

عمومات وجوب وفای به عهد، حکم تکلیفی در این باره را طرح نموده و تخلف از تعهدات را حرام شرعی بر می‌شمارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰: ۱۱۷).

حال با ذکر این مقدمه قابل توجه است که فقها معتقدند بر حاکم شرع، لازم است که نسبت به متنبه نمودن متخلف از احکام تکلیفی به کمک وسائلی اقدام نماید؛ به طوری که نه تنها شخص در واجب الهی اخلال ایجاد نکند، بلکه دیگران را به سمت انجام واجبات الهی سوق دهد (حلی، ۱۴۱۰: ۵۳۵). صاحب کتاب *شرائع*، محقق حلی معتقد است زمانی که شخصی، حلالی را ترک نماید و یا آنکه حرامی (مثل عدم انجام تعهدات قراردادی) را مرتکب شود باید او را به میزانی که از حد کمتر باشد تأدیب نمود (حلی، ۱۴۰۹: ۹۴۸) و این تعزیرات دامنه وسیعی دارد که مشخص نمودن آن مطابق نظر حاکمیت خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۴۹). به تعبیری حاکم و سلطان می‌تواند اشخاص را با تأدیب نسبت به انجام واجبات شرعی هدایت کند و تعیین نوع این تأدیب و تعزیر به عهده حاکم است. ابوصلاح حلبی نیز معتقد است هرگاه شخصی واجب الهی (به معنای عام اعم از عبادات و معاملات) را ترک نماید و دیگران را نیز از واجب الهی نهی کند، حاکم باید او را با وسیله‌ای ادب کند (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۷)^۳ که این وسیله نیز ممکن است مالی باشد. در جمع‌بندی فرمایشات علما مشهود است که قاعده تعزیر به عنوان حربه‌ای در جهت انجام واجبات و ترک محرماتی که نمود اجتماعی دارد، به کار گرفته می‌شود. به عبارتی هر آنچه از اعمال که دارای حکم تکلیفی است و در اجتماع ظاهر می‌شود، می‌تواند موضوع قاعده تعزیر باشد؛ از جمله تخلف از انجام تعهدات قراردادی که هم دارای حکم تکلیفی بوده و هم ظهور در اجتماع دارد. به بیانی روشن‌تر، حکم وجوب ایفای تعهدات قراردادی (حکم تکلیفی)، چهره‌ای اجتماعی دارد و قابل مقایسه با احکام عبادی نیست، به همین جهت ورود حاکم و اقدام به تأدیب ضرورت دارد؛ زیرا در راستای مصالح اجتماعی و برقراری نظم

۳. فیلزم سلطان الاسلام تأدیه بما یردعه و غیره عن الاخلال بالواجب و یحمله و سواه علی فعله.

۱. فی محلها فیدخل تحت العموم، و ظاهر الأمر وجوب الوفاء بکل ما هو عقد و کل ما وجب الوفاء به من المكلفین فهو صحیح.

۲. و قد صرح جماعة بوجوب الوفاء بالوعد مطلقاً و جعلوا الخلف معصیه.

او تکلیف دارد که به‌عنوان آمر ورود کند و متعهد متخلف را تنبیه نماید (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۷۲).

شایان ذکر است جرمه اجبار به‌عنوان ضمانت اجرایی مالی ماهیت مجازات گونه دارد و خسارت تأخیر محسوب نمی‌گردد؛ زیرا اولاً مبانی مطالبه هر کدام از این دو عنوان متفاوت است؛ یعنی خسارت تأخیر مبتنی بر خسارت زیان وارد شده و جرمه اجبار مبتنی بر مجازات و یا حداقل اجباری است که در برابر تخلف متعهد قرار داده شده و مرتبط با نظم عمومی و از اختیارات قدرت حاکم است. دوماً هدف وضع هر کدام تفاوت دارد؛ با این توضیح که خسارت تأخیر با هدف جبران زیان‌هایی که بر اساس فعل یا ترک فعل، به متعهدله وارد شده وضع گردیده؛ در صورتی که هدف از جرمه اجبار ایجاد اهرم فشاری بر روان متعهد است که در نهایت درصد اجرای تعهدات برآید. برخی از حقوقدانان مشابه این استدلال را به نوعی دیگر بیان کردند (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۲۵). در نظام حقوقی فرانسه نیز جرمه اجبار یک ابزار تکمیلی برای دستور الزام‌آور است و به‌عنوان ابزار اجبار برای تضمین اجرای صحیح احکام دادگستری به‌کار می‌رود نه صرفاً جبران خسارت (Labbay, 2021: 137). بنابراین میان این دو تفکیک قائل شده‌اند. در این راستا ماده ماده ۲-۱۳۱ قانون اجرای آیین دادرسی مدنی فرانسه، در بند اول مقرر می‌دارد که جرمه اجبار مستقل از خسارات و غرامات است.^۳

۱-۲-۲. جرمه اجبار در برخی کشورها

در اروپای قرن نوزدهم به رغم مخالفت صریح و گسترده با الزام مستقیم به انجام تعهد،^۴ الزام غیر مستقیم^۵ و تأثیر بر روان متعهد با هدف تغییر نظر او نسبت به انجام تعهد، مورد پذیرش قرار گرفت (Hallebeek, 2010: 35). جرمه اجبار؛ در قرن نوزدهم توسط قضات فرانسوی ایجاد شد و

اجتماعی است. در مقابل، احکام عبادی که موضوع فقه عبادی هستند، دارای خصیصه فردی بوده و حاکم یا فقیه به دنبال مصالح و مفاسد احکام فردی نیست و در آن ورود مستقیم ندارد (یوسفی، ۱۳۸۳: ۱۵۹).

همچنین جالب توجه است که برخی از فقها موضع متفاوتی داشته و اقدام برای متنبه شدن متخلف از انجام تعهدات را بر اساس حکم تکلیفی، واجب تلقی می‌نمایند. در این خصوص اظهار شده است که اگر کسی حقوق دیگران را که در ذمه‌اش دارد، نپردازد یا انجام ندهد مرتکب مصداقی از کبائر شده و حاکم باید از باب امر به معروف و ورود نماید و ممتنع از انجام تعهد را مجبور سازد نه آن که از باب ولی بر ممتنع وارد شود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۷۲)؛ زیرا از حکم تکلیفی که ظهور در اجتماع دارد تخطی صورت گرفته است.^۱ تفاوت اساسی ورود حاکم برای الزام متعهد از باب ولی ممتنع و یا آمر به معروف در این است که مجرای مورد اول (ولی ممتنع بودن) حقوق است و مجرای مورد دومی (امر به معروف) احکام تکلیفیه است. بنابر این دیدگاه، حاکم تکلیف شرعی دارد که اقدام نماید و متعهد را از امتناع باز دارد.

در مجموع با استناد به قاعده تعزیر می‌توان اظهار داشت که به جهت عمل قبیح متعهد ممتنع، که عملی حرام (امتناع از انجام تعهدات قراردادی بر اساس نظر فقها) را مرتکب شده و واجبی (انجام تعهد وفق قرارداد) را ترک نموده، حاکم می‌تواند نسبت به الزام و تأدیب او اقدام نماید و این تأدیب و الزام می‌تواند چهره‌ای مالی و یا غیرمالی داشته باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۴۹). با این توضیح، برخلاف برخی نظرات که این نهاد را برخلاف فقه می‌دانند (فصیحی زاده و طاهری، ۱۴۰۱: ۲۲۴)، جرمه اجبار به‌عنوان الزام (غیرمستقیم) و تأدیب متخلف بر مبانی فقهی استوار است و به عقیده برخی نه تنها حاکم می‌تواند بر آن رأی دهد، بلکه

2. injonction

3. Article L131-2: L'astreinte est indépendante des dommages intérêts.

4. praecise cogi

5. civiliter cogi

6. astreinte

۱. و حیث إن وجوب التسليم من آثار الملك بما هو ملك لا من آثار البيع بما هو بيع فيجب على كل منهما التسليم و إن امتنع الآخر، فإن ظلم أحد لا يسوغ ظلم الآخر، كما أنه إذا امتنع معاً لا يجبران على التسليم إلا من باب الأمر بالمعروف، لا من باب الامتناع عن حق حتى يرفع أمره إلى الحاكم الذي هو ولي الممتنع، إذ ليس لكل منهما إلا الملك فقط، و لا أثر للملك إلا السلطنة التكليفية، و لا وجوب على من بيده المال إلا بعنوان أداء مال الغير.

از آنجا که منشأ آن فراتر از قانون بود، قضات مجبور شدند این تدبیر را بر یک ابزار قانونی مشابه استوار کنند. طبق حقوق فرانسه، جریمه اجبار به صورت پیش‌فرض، موقت تلقی می‌شد. مخاطب این جریمه تنها در صورتی می‌توانست از پرداخت آن معاف شود که ثابت می‌کرد تعهد را شخصاً انجام داده و یا اینکه عدم اجرای تعهدات، ناشی از تقصیر او نبوده است (Landrove & Greuter, 2008: 275). پس از فراز و نشیب گسترده نسبت به جریمه اجبار در نظام حقوقی فرانسه، نهایتاً قانونگذار در ماده ۱-۱۳۱^۲ قانون اجرای آیین دادرسی مدنی^۳ بر اعتبار این نهاد حقوقی صحنه گذاشت و آن را مورد حمایت قرار داد.

به عقیده حقوقدانان فرانسوی جریمه اجبار به‌عنوان «یک اقدام تنبیهی با هدف مجبور کردن بدهکار به اجرای یک تصمیم قضایی نه خسارت تاخیر» مورد تأکید و توجه ویژه است. در این راستا ادعا کردند که، این ابزار پیش از هر چیز، یک ابزار جانبی برای دستور قضایی است. به عبارت دیگر، یک وسیله اجبار که اجازه می‌دهد اطمینان حاصل شود که تصمیم قضایی به درستی اجرا می‌شود. رویه قضایی فرانسه نیز در این باره به پیروی از قانون، در مواردی حکم به جریمه اجبار را محل توجه قرار داده است. به‌عنوان مثال در ۱۰ ژوئیه ۲۰۲۰، شورای دولتی فرانسه بالاترین جریمه اجبار را که تا آن زمان توسط قاضی اداری صادر شده بود، علیه دولت اعمال کرد. با دستور به اداره‌ها برای رفع مشکلات آلودگی هوا در چندین منطقه از سرزمین فرانسه، قاضی اداری تصمیم خود را با جریمه‌ای به مبلغ ده میلیون یورو برای هر شش ماه تأخیر پس از انقضای مهلت شش ماهه از تاریخ صدور حکم، همراه کرد (Labbay, 2021: 137).

در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی مثل ایتالیا جریمه اجبار به‌عنوان نهادی دیرینه از سال ۱۹۲۶ تحت عنوان طرحی موسوم به کارنلوپی^۴ مطرح شد. در ماده ۶۶۷ این طرح مقرر شده بود که «اگر تعهد مربوط به انجام دادن یا خودداری از انجام دادن یک عمل باشد، بستانکار می‌تواند از دادگاه تقاضا کند که بدهکار را به پرداخت جریمه مالی برای هر روز تأخیر در اجرای تعهد، از تاریخی که دادگاه تعیین کرده، محکوم نماید». در ادامه، طرح رئاله در سال ۱۹۷۵ و طرح لیمین در سال ۱۹۸۱، به ترتیب در ماده ۲۳ و بند ۲۴، بر این اقدام قضایی تأکید داشتند که به نتیجه نهایی نرسید. همچنین در سال ۲۰۰۳ لایحه‌ای باهدف اجرای پروژه واکارلا^۵ به تصویب رسید که در ماده ۴۲ آن جریمه اجبار درخصوص تعهدات غیرقابل جانشینی^۶ (مثل تعهدات به قید مباشرت) پیش‌بینی شده بود (Pucciarello & Fanelli, 2011: 11) که با اقبال بیشتری مواجه شد. در حال حاضر مواد ۶۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ۱۴۴ قانون آیین دادرسی اداری ایتالیا درخصوص جریمه اجبار حکومت دارد.

در نظام حقوقی آلمان نیز جریمه اجبار تحت عنوان «وجه التزام اجرایی»^۷ در تعهدات مقید به مباشرت، مورد اراده قانونگذار قرار گرفته است. ماده ۸۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان پس از اصلاحات سال ۲۰۰۴ بیان می‌دارد: «اگر انجام یک عمل توسط شخص ثالث امکان‌پذیر نباشد و اجرای آن منحصرأ وابسته به اراده مدیون باشد، بنا به درخواست، دادگاه رسیدگی کننده در اولین مرحله رسیدگی می‌تواند حکم دهد که مدیون از طریق جریمه اجبار... به انجام آن عمل وادار شود»^۸.

7. Zwangsgeld

8. Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners Zwangshaft gelten die Vorschriften des Zweiten Abschnitts über die Haft entsprechend. Abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft

1. praetor legem

2. Article L131-1: Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa decision.

ترجمه: هر قاضی می‌تواند، حتی به‌صورت خودکار، جریمه اجبار (جریمه تاخیر از انجام حکم) را برای تضمین اجرای حکم خود تعیین کند.

3. Code des procédures civiles d'exécution

4. Carnelutti

5. Vaccarella Committee

6. infungible obligations

و بی اثر کردن قانون، هنگامی که برای اجرای تعهد می‌توان به حکم آن تمسک جست، خلاف اصول و قواعد فقهی و حقوقی است (شمس، ۱۳۸۶: ۳۹۳). دیگر اینکه جرمه اجبار برای ملزم ساختن متعهد به صورت غیرمستقیم در تعهدات مقید به مباشرت متعهد، از اهمیت بسیاری برخوردار است که در صورت فقدان آن، عنصر قانونی لازم، کافی و درخور شأن این نوع تعهدات دیده نمی‌شود، پس باید با احتیاط لازم ورود کرد و نتیجه گرفت. در این راستا بیان داشتند که وجود این ضمانت اجرا در تعهدات مزبور آن چنان حیاتی می‌نماید که سکوت قانونگذار را می‌توان حمل بر کاهلی و نسیان از باب بدهت و اهمیت وجود ضمانت اجرای جرمه اجبار نمود و نباید دست به نابودی نهادی در قانون زد که هیچ جانشینی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۲۶) و موجبات عسرت و مشقت متعهدله را فراهم نمود؛ زیرا الزام متعهد در این نوع از تعهدات دارای بدهت عقلی، منطقی و حقوقی است (مهاجری، ۱۳۸۶: ۱۸۶).

مضافاً با عنایت به ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ که بیان می‌دارد: «...قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن... در موارد مغایر (با این قانون) ملغی می‌گردد» می‌توان به حیات حقوقی نهاد جرمه اجبار دست یافت، چه اینکه ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و به عبارتی منطوق تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام، مغایرتی با قانون جدید ندارد و قانونگذار از باب عدم تکرار به آن اعتقاد داشته است. این نگرش در بیان برخی و در بحث و نشست قضایی مورخ ۱۳۸۱/۷/۴ با در دستور کار قرار گرفتن ضمانت اجرای قابل اعمال در تعهدات مقید به مباشرت متعهد قابل ملاحظه است (مهاجری، ۱۳۸۱: ۱۴۶). علاوه بر موارد فوق، در نشست قضایی دادگستری شهرستان بابل در تاریخ اسفند ۱۳۸۰، برخی عدم نسخ این نهاد حقوقی را استدلال نمودند (کارخیران، ۱۳۹۸: ۴۱۹) که نشان دهنده نیاز مبرم دستگاه قضایی به جرمه اجبار به عنوان ابزار کاربردی قضایی است.

در نظام حقوقی کامن لا، جرمه اجبار با معنای «تحقیر مدنی»^۱ در راستای احقاق حق زیان دیده و در مواردی که محکوم علیه از اجرای حکم دادگاه استنکاف می‌ورزد، مورد حکم قرار می‌گیرد که تمام یا بخشی از آن به متعهد و زیان دیده پرداخت می‌شود (Fink, 1978: 57).

همچنین ماده ۲۱۳ قانون مدنی مصر نیز جرمه اجبار در تعهدات قائم به شخص را پیش بینی کرده و بیان می‌دارد که «اگر اجرای عین تعهد غیرممکن یا نامناسب باشد، مگر اینکه خود مدیون آن را انجام دهد، داین می‌تواند حکم الزام مدیون به اجرای تعهد را دریافت کند و در صورت امتناع وی، جرمه تهدیدی (همان جرمه اجبار) علیه او تعیین شود». مشابه همین رویکرد و عبارت در ماده ۲۱۴ قانون مدنی سوریه ملاحظه است.^۲

۱-۲-۳. اعتبار و عدم نسخ جرمه اجبار در نظام

حقوقی ایران

برخی از اساتید که قائل بر نسخ مواد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با تصویب قانون جدید (۱۳۷۹) می‌باشند، بیان داشتند که قانون سابق با تصویب قانون جدید نسخ شد و این ادعا مطابق اصول حقوقی، ادبیات و قیودی که مورد استفاده قرار گرفته، قابل استنباط است. علاوه بر آن تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی که ارجاع به ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق داده بود، بی‌موضوع شده (سالبه به انتفای موضوع) و دیگر نمی‌توان به آن استناد کرد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۸۵-۱۸۷).

در مقام دفاع مبنی بر کاربرد تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی می‌توان اظهار داشت که حکم مقرر در ماده ۷۲۹ قانون پیشین در تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی از طریق ارجاع، منصوص و مصرح شده و در نتیجه حکم مزبور از مقررات قانون اجرای احکام به شمار می‌آید که حیات حقوقی دارد. از طرفی ناتوان ساختن مراجع قضائیتی در این که متعهد را به انجام تعهد ملزم نمایند و

۲. ماده ۲۱۴ قانون مدنی سوریه: «إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن، أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك».

anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von 25 000 Euro nicht übersteigen. Für die 1. civil contempt

همچنین اداره حقوق قوه قضاییه نیز در چندین نظریه مشورتی حیات حقوقی جرمه اجبار و قابلیت اعمال آن را بیان داشته است. در نظریه‌های مشورتی مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۲ به شماره ۷/۹۷/۵۶ و مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۷ به شماره ۷/۱۴۰۰/۱۱۰۱ بیان شده است: «اگر چه قانون مذکور از جمله ماده ۷۲۹ آن نسخ گردیده، ولی در تبصره یاد شده از حیث رعایت اختصار در قانون نویسی به ماده ۷۲۹ آن قانون ارجاع داده و صرفاً مفاد ماده را در متن تبصره ذکر نکرده است».

علاوه بر موارد فوق می‌توان استدلال نمود که منطوق تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی همان منطوق ماده ۷۲۹ است و تنها از باب اختصارنویسی، قانونگذار منطوق را ارجاع به ماده قانون پیشین داده است. بنابراین، مراد قانونگذار از تبصره ماده ۴۷ تنها ارجاع به قانون سابق آیین دادرسی مدنی نیست، بلکه تأمل لازم، قانونگذار را بر آن وا داشته است که احکام خاص را در قانون خاص بگنجاند و از این حیث، تقریر تبصره ماده مزبور نشان از آن دارد که این تبصره منطوق دارد و این نطق قانونگذار مستقل از سایر قوانین است. حال با فرض پذیرش نسخ کامل قانون آیین دادرسی مدنی با تصویب قانون جدید به‌عنوان عام لاحق (هرچند این عقیده صحیح نبوده و مخالف صریح ماده ۵۲۹ قانون جدید است)، قانون اجرای احکام مدنی به‌عنوان قانون خاص نسخ نمی‌گردد؛ زیرا عام لاحق ناسخ خاص سابق نیست و مراد قانونگذار، که از حیث علم هرمنوتیک حقوقی در تفسیر مقرر اهمیت بسزایی دارد (خوئینی، ۱۴۰۱: ۳۲۰)، بر استقلال تبصره ماده مزبور بوده و تبصره ماده ۴۷ همچنان دارای اعتبار است.

در جمع‌بندی این قسمت باید اظهار داشت که جرمه اجبار مبتنی بر قواعد عقلی، حقوقی و فقهی، قابل دفاع و قابل اعمال در تعهدات مقید به مباشرت متعهد است.

همچنین ابقا و استعمال جرمه اجبار در کشورهای حقوق نوشته همچون فرانسه، آلمان، ایتالیا، مصر و سوریه که قرابت تاریخی، فقهی و حقوقی با نظام حقوقی ایران دارند، می‌تواند در تثبیت جایگاه این نهاد حقوقی مهجور محل توجه قرار گیرد.

۲. فسخ قرارداد منشأ تعهد مقید به مباشرت متعهد

فسخ قرارداد یکی دیگر از ضمانت اجرای مصرح در قانون، در مواردی از جمله در صورت تخلف از شرط صفت (ماده ۲۳۵ قانون مدنی) یا عدم امکان الزام متعهد در شرط فعل (ماده ۲۳۹ قانون مدنی) قابل اعمال است. گفتنی است که مطابق مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی، فسخ قرارداد در صورتی میسر است که امکان الزام ممتنع ممکن نباشد. به عبارت دیگر، در صورت استتکاف از اجرای عین تعهد، ابتدا باید از طریق الزام متعهد نسبت به اجرای تعهد اقدام کرد و نمی‌توان رأساً به فسخ قرارداد روی آورد، مگر آنکه متعاقبین بر فسخ ابتدایی توافق کرده باشند. بنابر مواد اشاره‌شده آنچه که در وهله اول توسط دادگاه مورد حکم قرار می‌گیرد، الزام متعهد و در صورت عدم امکان الزام، فسخ قرارداد است. این رویکرد بر آن شده که رویه قضایی اهتمام ویژه‌ای به رابطه طولی الزام و فسخ قرارداد نشان بدهد.

در مقابل، نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها که موافقان متعددی دارد، مبین این امر است که در صورت نقض قرارداد و امتناع متعهد از انجام تعهد، ضمانت اجرای الزام و فسخ، تقدم و تأخری بر یکدیگر نداشته، بلکه متعهدله در انتخاب ضمانت اجرا مخیر بوده و حتی می‌تواند قرارداد را فسخ کند، بدون آنکه صحبتی از الزام به میان باشد. در این قسمت ادله و نظرات قائلین به رابطه عرضی الزام متعهد و فسخ قرارداد مورد بررسی قرار خواهد گرفت و نظر نزدیک‌تر به صواب جمع‌بندی خواهد شد.

رویکرد نظام حقوقی ایران، الزام متعهد را بر فسخ قرارداد مقدم اعلام می‌کند.

۱. در دادنامه صادره از شعبه ۱۹۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره ۹۴۰۶۱۹-۹۴/۶/۱۴، دادگاه امکان فسخ قرارداد را نپذیرفته و با استناد به

۲-۱. هم عرض بودن فسخ و الزام از منظر فقه امامیه

در خصوص عرضی بودن ضمانت اجرای فسخ و اجبار متعهد فقها معتقدند که در عقود معاوضی، عدم تسلیم یکی از عوضین، سبب ثبوت خیار می‌شود، حتی اگر اجبار ممتنع به تسلیم، امکان داشته باشد.^۱ جمع دیگری از فقها معتقدند در صورت امتناع متعهد، متعهدله بین فسخ و اجبار متعهد مخیر است؛ به‌طور مثال شیخ انصاری در مکاسب از تذکره علامه چنین نقل می‌کند: «اگر شخصی چیزی را به شرط این که به دیگری بفروشد، بخرد، وفای به شرط لازم است، پس در صورت نقض شرط، قرارداد باطل نیست ولی مشتری بین فسخ قرارداد و اجبار به اجرای شرط، مخیر است» (انصاری ۱۴۱۱: ۴۱).^۲ همچنین شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید: «اگر شخصی عیدی را بخرد به شرط اینکه آن را آزاد کند، با استناد به روایت نبوی صلی الله علیه و آله و سلم (المؤمنون عند شروطهم) بیع و شرط هر دو صحیح هستند». ایشان در ادامه می‌فرماید: «اگر مشتری به شرط وفا نکند دو نظر وجود دارد: اول اینکه مشروط علیه را اجبار کنیم؛ چرا که با شرط، عتق عبد را مستحق شده است و دوم اینکه مشروط علیه اجبار نمی‌شود، ولی برای بایع خیار فسخ هست». ایشان با عبارت «و الثانی اقوی» قول دوم را قوی‌تر دانسته است (طوسی ۱۳۸۷: ۱۵۱).^۳ شهید سیدمحمدتقی موسوی خویی در کتاب «الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود»، در این خصوص می‌گوید: «طرفین از ابتدا به مجموع عقد و شرط ملتزم شده‌اند و با منتفی شدن شرط، مستقیماً برای مشروط له، حق فسخ ایجاد می‌شود و ایجاد حق فسخ، مشروط به چیزی

نیست و این مقتضای تعلیق و ارتباط بین شرط و عقد است» (خویی ۱۴۱۴: ۲۲۱-۲۲۲). ایشان بعد از ذکر اقوال در این خصوص، نظر خود را مبنی بر هم عرض بودن اجبار و فسخ بیان کرده و تردید را در آن جایز نمی‌دانند و می‌فرمایند: «در این که خیار هم عرض اجبار است، از اموری است که تردید در آن جایز نیست» (خویی ۱۴۱۴: ۲۲۶).^۴ همچنین ایشان بعد از ذکر عبارتی از محقق اصفهانی، خود را با وی هم عقیده می‌داند و می‌گوید حق فسخ در عرض اجبار است (خویی ۱۴۱۴: ۲۲۲).^۵ شیخ طوسی در پاسخ به این سوال که آیا خیار در عرض اجبار است یا در طول آن، از علامه نقل کرده که ایشان مشروط له را مخیر کرده است بین فسخ و الزام مشروط علیه و این به معنی هم عرض بودن حق فسخ و اجبار است (حسینی روحانی ۱۴۲۰: ۲۴۰).

مشابه اینگونه استدلال‌ها در نظرات فقها در باب عقود معین نیز مشهود است. در عقد مساقات نیز پس از انعقاد قرارداد اگر عامل در اثنای عقد از تعهدات قراردادی خود مستنکف شود، طرف مقابل؛ یعنی مالک می‌تواند عقد مساقات را فسخ نماید، لکن پرداخت اجرت به عامل تا حدودی که مستحق می‌باشد بالاترید است (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۲۰).^۶ در عقد مزارعه نیز هنگامی که مزارع زمین را در اختیار زارع قرار ندهد، حتی با وجود امکان الزام مزارع به تسلیم زمین، برخی حق فسخ را برای مزارع پیش‌بینی نمودند و مستند آن را تخلف از این تعهد قراردادی بیان داشتند (سیدیزدی، بی‌تا: ۶۲۶). برخی دیگر از فقها به نحو دیگری موازی بودن حق فسخ و الزام متعهد به اجرای تعهد را استدلال نمودند.

نسبت به تعهدات ناشی از قرارداد اجاره نیز بیان شده

فقده فی بالشرط و إن لم یعتقه قیل فیه شیئان: أحدهما: یجبر علیه لأن عتقه قد استحق بالشرط. و الثانی: لا یجبر علیه لکن یجعل البائع بالخیار، و الثانی اقوی.

۴. والحاصل: إن ثبوت الخیار فی عرض جواز الإجبار، ... مما لا ینبغی التردد فیه.

۵. و بعبارة أخرى: ... فیکون الخیار فی عرض جواز الإجبار.

۶. إن اتمتع و كانت الثمرة غیر ظاهرة، فسخ العقد، و علی المالك اجرة عمل العامل.

۱. «إن عدم تسلیم أحد العوضین فی عقود المعاوضه یتوجب ثبوت الخیار حتی مع امکان اجباره علی التسلیم»، موسوی، حیدر، درس خارج فقه، مدرسه فقاها، دروس حوزه بیروت العلمیة، مورخ ۱۴۳۳/۶/۱۰ ق.

۲. لو باعه شیئاً بشرط أن یبینه آخر، أو یفرضه بعد شهر أو فی الحال، لزمه الوفاء بالشرط، فإن أخل به لم یبطل البیع، لکن یتخیر المشتري بین فسخه للبیع و بین إلزامه بما شرط.

۳. إذا اشتری عبداً بشرط أن یعتقه کان البیع و الشرط صحیحین لقوله علیه السلام: المؤمنون عند شروطهم. فإذا ثبت ذلك فالشتری إن أعتق العبد

«در فرض تخلف شرط از جانب مستاجر، موجر می‌تواند قرارداد اجاره را فسخ نموده و از مستاجر بخواهد که عین مستأجره را تخلیه کند و نسبت به مدت سابق، مستاجر باید اجرت المثل بدهد» (میرزای تبریزی، بی‌تا: ۲۷۳). این عقیده مورد پذیرش قانونگذار در قانون مدنی می‌باشد که در ماده ۴۹۶ متجلی گشته است.

۲-۲. هم عرض بودن فسخ و الزام در نظام حقوقی ایران و برخی کشورها

همچنان که روشن است، نظریه هم عرض بودن ضمانت اجراها در فقه امامیه پشتوانه محکم و مستدلی دارد و به نظر با عدالت و مقتضیات زمانی و مکانی نیز سازگارتر است. بدین ترتیب برخی از حقوقدانان نیز با ادعا بر این که تخیر متعهدله در انتخاب فسخ قرارداد و یا الزام متعهد، دارای بدهت عقلی بوده و سازگاری و همخوانی بیشتری با موازین حقوقی و عدالت دارد، دیدگاه موازی نسبت به این دو ضمانت اجرا را بیان داشتند (نهرینی، ۱۳۹۴: ۹۵؛ داراب‌پور، ۱۳۹۴: ۱۷۹؛ صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۵۷؛ ریاحی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۴).

البته قابل ذکر است هرچند قانونگذار ایران متأثر از برخی نظرات فقهی که سابقاً بیان شد (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۴۴؛ نائینی، ۱۳۵۸: ۲۶) تقدم الزام بر فسخ را به عنوان قاعده عام ضمانت اجراها ترجیح داده و برخی حقوقدانان از این رویکرد دفاع نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۱۳)، در برخی موارد قانونگذار ایران از نظریه عرضی بودن ضمانت اجراهای الزام و فسخ غافل نمانده و موادی از قوانین را با تحت تأثیر قرار گرفتن از این نظریه، وضع نموده است. به عنوان مثال مستند به ماده ۲۴۲ قانون مدنی، در صورتی که مشروط علیه از دادن مالی تحت عنوان رهن امتناع کند، مشروط له می‌تواند رأساً قرارداد را فسخ کند. در ماده بعدی همین قانون نیز مقرر شده اگر در عقد شرط شود که ضامنی داده شود و مشروط علیه از اجرای شرط امتناع کند، بدون احتیاج به الزام مشروط علیه، امکان فسخ قرارداد وجود دارد. مواد ۳۷۹ و ۳۸۰ قانون مدنی در باب

بیع، در صورت امتناع از معرفی ضامن و یا مفلس شدن مشتری، امکان فسخ ابتدایی را پیش‌بینی کرده است. مواد ۳۹۵ و ۴۰۲ همین قانون در خصوص خیار تأخیر ثمن، تخیر میان الزام و یا فسخ قرارداد را حکم نموده است. همچنین در بند د ماده ۸ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۲، ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، ماده ۵۳۳ قانون تجارت و ماده ۱۶ قانون پیش فروش آپارتمان، به طرق دیگر فسخ قرارداد هم عرض الزام قرار داده شده است.

در تقویت نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها می‌توان ادعا نمود، هرچند برخی از فقهای سنتی در سده‌های پیشین مدافع رابطه طولی بودن ضمانت اجراها بودند و این اعتقاد را همسو با اصل استحکام معاملات می‌دانستند، نباید غافل از آن بود که در گذشته رسیدگی به دعاوی دور از تشریفات خاص و اطاله دادرسی بود، بدین شکل که متداعیین با ارجاع اختلاف و نزاع خود به شخص قاضی، مورد قضاوت قرار گرفته و پس از مدتی حکم قطعی صادر می‌شد. بدین ترتیب ارجاع به قاضی و صدور حکم الزام به اجرای عین تعهد چندان با تطویل مواجه نبود. لکن با گذشت زمان و تحولات عارض شده در دستگاه و نظام قضایی، ارجاع اختلاف به قاضی و النهایه صدور حکم با تطویل همراه است. بنابراین گزاف نخواهد بود اگر ادعا شود عقیده به طولی بودن ضمانت اجراها مقتضای جوامع گذشته بود و امروزه این اعتقاد به عنوان قاعده‌ای عام چندان مناسب نیست چه این که أخذ حکم علیه متعهد مبنی بر الزام وی به اجرای تعهد در موارد بسیاری با ضرر همراه است و بلاتردید اصل لزوم تاب رویارویی با قاعده لاضرر ندارد. به عبارتی امروزه با توجه به پیچیدگی روند قضایی و اطاله دادرسی عقیده بر طولی بودن ضمانت اجراها با مقتضیات کنونی سازگار نیست و نباید با نگاهی متصلبانه تفاوت اقتضائات کنونی و عصر فقهای سنتی را کتمان نمود.

نظام حقوقی فرانسه نیز، با اصلاحات انجام شده در فوریه سال ۲۰۱۶ میلادی در راستای برقراری عدالت معاوضی و عدالت توزیعی و مدرن سازی و تقویت جایگاه

می‌تواند قرارداد را فسخ کند بدون آنکه الزام متعهد مطرح شود.

۲-۳. ضمانت اجرای مطلوب در تعهدات مقید به مباشرت متعهد

لازم به ذکر است هرچند نباید حیات حقوقی نهاد جریمه اجبار و الزام غیرمستقیم نسبت به تعهدات با قید مباشرت متعهد در نظام حقوقی ایران را نفی کرد، اما وجود نظریه عرضی بودن ضمانت اجراهای الزام و فسخ قرارداد با توجه به پیشخوانه فقهی و حقوقی، نیازمند تأمل و عنایت قانونگذار ایران است. به عبارت دیگر، در نظام حقوقی ایران هرچند با حکومت نظریه طولی بودن ضمانت اجرای الزام و فسخ قرارداد به عنوان قاعده‌ای عام، جریمه اجبار به عنوان الزام غیرمستقیم مقدم بر فسخ قرارداد است، لکن می‌توان پیشنهاد تخییر متعهدله نسبت به الزام غیرمستقیم متعهد و یا فسخ قرارداد را پیشنهاد کرد.

درخصوص تعهدات مقید به مباشرت متعهد، برخی با استناد به ماده ۲۳۹ قانون مدنی امکان فسخ ابتدایی قرارداد را ادعا کرده و اذعان داشتند که در تعهدات قائم به شخص، قانونگذار با وضع ماده ۲۳۹ قانون مدنی، اجبار به اجرای تعهد را نپذیرفته و بدون آنکه نیازی به الزام متعهد ممتنع وجود داشته باشد، می‌توان قرارداد را فسخ نمود (فصیحی زاده و طاهری: ۱۴۰۱). در پاسخ به این ادعا باید بیان داشت که اولاً ماده ۲۳۹ قانون مدنی در ذیل مبحث شروط در قانون مدنی بیان شده که عمومیت داشته و بر تمامی شروط حکومت می‌کند؛ یعنی مطلق شروط را در برمی‌گیرد و تنها ناظر به تعهدات با شرط مباشرت نیست، چه اینکه مباشرت متعهد در این نوع تعهدات لزوماً ناشی از شرط نیست و گاهی قید مستتر در قرارداد است.

خود در عرصه بین‌الملل گام مهمی برداشته و اصلاحاتی در برخی نهادها از جمله فسخ قرارداد در صورت نقض تعهد پیش‌بینی کرده است.

در کد مدنی فرانسه قبل از اصلاحات سال ۲۰۱۶ فسخ قرارداد از دادگاه تقاضا می‌شد و در واقع از فسخ قضایی صحبت بود (علی خیری جبر و همکاران، ۱۳۹۷: ۹۶)، اما در سال ۲۰۱۶ تغییراتی در این نهاد حقوقی به وجود آمد. در ماده ۱۲۱۷ کد مدنی فرانسه، طرف قراردادی که با امتناع طرف مقابل مواجه می‌شود، می‌تواند اجرای قرارداد را درخواست کرده یا قرارداد را فسخ کند (پاکباز، ۱۴۰۰: ۲۹۸). همچنین ماده ۱۲۲۴ کد مدنی فرانسه، آیین می‌دارد که «در صورت نقض جدی قرارداد، می‌توان آن را از طریق ارسال ابلاغیه رسمی از سوی متعهدله به متعهد یا به موجب رأی دادگاه فسخ کرد». به عبارت دیگر، چنانچه طرفین توافق نکرده باشند که به صرف عدم اجرای تعهدات قرارداد فسخ خواهد شد، فسخ منوط به ارسال اظهاریه‌ای رسمی مبنی بر درخواست انجام تعهد توسط متعهد و عدم پاسخ متعهد به این درخواست است (حسن‌زاده، ۱۴۰۱: ۷۶).

علاوه بر قانون مدنی فرانسه در بند اول ماده ۱۷۷ قانون مدنی عراق هنگامی که یکی از طرفین به تعهدات قراردادی خود وفا نکند، متعهدله می‌تواند فسخ قرارداد را از دادگاه درخواست نماید، بدون آنکه نیاز باشد ابتدا به الزام متعهد متوسل شود (علی خیری جبر و همکاران، ۱۳۹۷: ۹۵). در مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز همین عقیده جاری است و در صورت نقض اساسی تعهد توسط متعهد، ضمانت اجرای فسخ قرارداد برای متعهدله پیش‌بینی شده و در صورتی که نقض اساسی نباشد، ابتدا از جانب متعهدله مهلتی به متعهد برای اجرای تعهد داده می‌شود و اگر وی در این مدت تعهدات خود را اجرا نکند، متعهدله

demande réparation des conséquences de l'inexécution
Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.
2. Article 1224
La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

1. Article 1217
La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation
poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation
obtenir une réduction du prix
provoquer la résolution du contrat

نگارنده مخیر نمودن متعهدله نسبت به الزام متعهد و یا فسخ قرارداد به صواب نزدیک‌تر و با اصول کلی حقوقی و فقهی قرابت دارد.

بحث و نتیجه‌گیری

نظام حقوقی ایران مستند به برخی از ادله و نظرات فقها، رابطه طولی ضمانت اجراها را پذیرفته و الزام متعهد به هر طریقی را مقدم بر فسخ قرارداد دانسته است (ماده ۲۳۹ قانون مدنی). این نظریه هرچند مصون از ایراد نبوده و در برخی موارد با قاعده لاضرر همسو نیست، اما همخوانی بیشتری با مراد قانونگذار دارد. بدین ترتیب در مواردی که متعهد مکلف است شخصاً تعهد خود را انجام دهد و به ثمر برساند، الزام او غیرممکن نیست و با استناد به تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، که حیات و اعتبار حقوقی دارد، می‌توان او را با جریمه‌ای نقدی، مجبور به اجرای تعهد کرد. بنابراین، فرض اجبار متعهد مستنکف در تعهدات مقید به مباشرت منتفی نیست و بر مبنای فقهی مستدلی از جمله قاعده لاضرر و قاعده تعزیر استوار است. از طرفی فسخ قرارداد و هم‌عرض قرار دادن آن با الزام متعهد، نظریه‌ای پذیرفته شده در فقه امامیه است که بسیاری از فقها بر آن رأی داده‌اند و برخی از سیستم‌های حقوقی از جمله فرانسه، عراق و نیز کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا این رویه را پذیرفته‌اند و متعهدله را مخیر بین الزام متعهد و فسخ قرارداد دانسته‌اند که به نظر همخوانی بیشتری با عدالت داشته و حتی در مواردی از ضرر متعهدله جلوگیری می‌کند. با عنایت به آنچه که سخن رفت، عدم انعطاف در به‌کارگیری ضمانت اجرا ممکن است در جهت مخالفت تمام با اصول حقوقی یک نظام حقوقی و مراد قانونگذار باشد و یا آن که قلمروی لطیف عدالت را خدشه‌دار نماید و خود موجب ضرری دیگر بر متعهدله و سایر اشخاص جامعه شود. این عدم انعطاف در استعمال ضمانت اجرا با رسالت حقوق که اقدام در جهت توسعه عدالت در سطح اجتماع است، تنافی داشته و مصداق روشنی از نقض غرض به‌شمار می‌آید. لذا به نظر می‌رسد علاوه بر آنکه باید جریمه

بنابراین، طبق استدلال به کار برده شده، اگر مباشرت قید باشد و متعهد امتناع کند، وفق ماده ۲۳۹ نمی‌توان قرارداد را فسخ نمود؛ زیرا ماده ۲۳۹ قانون مدنی ناظر به شروط است نه قیود مگر آن که واژه شرط مسامحه قید نیز تلقی شود. دوماً ماده ۲۳۹ بیان می‌دارد: «هر گاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد...» می‌توان قرارداد را فسخ نمود. به عبارت دیگر، در هر قراردادی که تعهد از شرط ناشی شود و انجام آن ممکن نباشد و نتوان متعهد را با اجبار به‌سوی اجرای تعهد سوق داد، می‌توان قرارداد را فسخ نمود. به‌عنوان مثال هنگامی که ذیل قرارداد بیع شرط شود که بایع باید خودروی خود را به خریدار اجاره دهد و خودرو قبل از انجام تعهد تلف شود، دیگر فرض امتناع مشروط علیه از انجام تعهد مبنی بر اجاره خودرو به خریدار منتفی است و نمی‌توان او را اجبار کرد که در این حالت خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ کند. یا هنگامی که ذیل قرارداد اجاره‌ای مستأجر متعهد می‌شود خودرو موجر را تعمیر کند و این خودرو تلف شود، دیگر امکان الزام وجود نخواهد داشت.

با این توضیح، ماده مزبور مبین قاعده کلی است بدین صورت که در صورت تعدر اجرای شرط، تعهد فرعی منتفی شده و در پی حدوث این واقعه حق فسخ برای متعهدله خواهد بود، اما نباید تردید داشت که طبق قاعده کلی در نظام حقوقی ایران، در صورت امکان اجرای شرط، ابتدا باید اجرای تعهدات را قصد کرد. این توضیح دلالت بر حکومت شقوق الزام در تعهدات دارد که جریمه اجبار نیز گوشه‌ای از آن است.

همچنین سنخ اجبار در تعهدات مقید به مباشرت متعهد از نوع الزام و دخالت مادی نیست، بلکه الزام غیرمستقیم و دخالت به‌صورت معنوی خواهد بود. از همین رو اگرچه امکان الزام مستقیم متعهد در تعهدات به قید مباشرت وجود نخواهد داشت، اما باتوجه به حیات حقوقی جریمه اجبار مطابق آن چه که با استناد به اصول حقوقی و فقهی بیان شد، می‌توان متعهد را اجبار به انجام تعهد نمود و فرصتی برای اعمال ماده ۲۳۹ قانون مدنی به‌وجود نخواهد آمد؛ هرچند به نظر

نظر نگرفت. این عقیده مبنی بر عرضی بودن ضمانت اجرای فسخ قرارداد و جریمه اجبار می‌تواند پویایی رویه قضایی، عدم تحمیل وضعیتی ناخواسته به متعهدله و عدم اضرار به او را در پیش داشته باشد.

اجبار را در نظام حقوقی و در راستای اجرای قرارداد به عنوان ضمانت اجرای مطلوب پذیرفت و در موارد لازم نسبت به آن اهتمام داشت، نباید متعهدله را در مسیری یک طرفه قرارداد و جز الزام متعهد برای او دستاویزی در

References

- Ahmadi, Hossein Ali (1375). Implementation of contractual obligations. Tehran: Barhamand Publishing House. (in Persain)
- Ansari, Sheikh Morteza (1411). Kitab al-Makasab, (I-al-Qadima). Qom: Dar al-Zhakhar's charters. (in Arabic)
- Anuri, Hassan (2012), a compact dictionary of speech. Tehran: Sokhon Publications. (in Arabic)
- Dagan, H., & Heller, M. (2023). Specific performance: On freedom and commitment in contract law. *Notre Dame Law Review*, 98(3), 1323. <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol98/iss3/6>
- Darabpur, Mehrab; Darabpour, Mohammad Reza (2014). Contract rights. Tehran: Jungle and Eternal. (in Persain)
- Eads, L. S. (1990). *Separating crime from punishment: The constitutional implications of United States v. Halper*. *Washington University Law Quarterly*, 68(4), 929–964. Retrieved from https://openscholarship.wustl.edu/law_1awreview/vol68/iss4/6
- Emami, Seyyed Hassan (1375). Civil Rights. 16th edition, Tehran: Islamia. (in Persain)
- Fasihzadeh, Alireza; Taheri, Ahad (1401). "Analysis of guaranty of personal performance in Iranian law, jurisprudence and principles of international commercial contracts". *Comparative Research Quarterly of Islamic and Western Laws*, ninth year, number 4, pp. 211-238. (in Persain)
- Fazel Abhi, Hassan bin Abi Talib (1417). The discovery of symbols in the brief description of al-Naf. Qom: Islamic Publications affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers (in Arabic).
- Fink, M. (1978). *Basic issues in civil contempt*. *New Mexico Law Review*, 8(1), 55–72. Retrieved from <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol8/iss1/4>
- Haeri Shah Bagh, Seyyed Ali (1376). Description of civil rights. Tehran: Ganj Danesh. (in Persain)
- Halabi, Abu Salah (1403). Sufficient in jurisprudence. Isfahan: Imam Amir al-Mu'minin School, peace be upon him. (in Arabic)
- Hali, Ibn Idris (1410). Al-Saraer al-Hawi for Tahrir al-Fatawi. Qom: Al-Nashar al-Islami Institution of Jama'ah al-Madrasin. (in Arabic)
- Hali, Abu al-Qasim Jafar bin Hasan (1409). Islamic law Tehran: Esteghlal Publications. (in Arabic)
- Hallebeek, J. (2010). Direct Enforcement of Obligations to Do. Two Local Manifestations of the Ius Commune. In M. Gubbels, & C. J. H. Jansen (Eds.), *Regio. Rechtshistorische opstellen aangeboden aan dr. P.P.J.L. van Peteghem* (pp. 33-44). GNI.
- Hassanzadeh, Mansoura (1401). French Civil Code; The rights of contracts, obligations and proofs of litigation. Tehran: Publishing Company. (in Persain)
- Hosseini, Seyyed Mir Abdul Fattah (1417). Al-Awin al-Fiqhiyyah. Qom: Al-Nashar al-Islami Institute of Jama'ah

- al-Madrasin. (in Arabic)
- Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadegh (1420). Al-Murtaqi to al-Fiqh Al-Arqi- Kitab al-Alkhiri. Tehran: Al-Jalil Cultural Research Institute (Dar Al-Jali). (in Arabic)
- Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad (1420). Al-Murtaqi to al-Fiqh al-Arqi. Tehran, Dar Al Jali. (in Arabic)
- Isfahani, Mohammad Hossein (1418). Margin of Kitab al-Makasab, (T-al-Hadith). Qom: Anwar al-Hada. (in Arabic)
- Izanloo, Mohsen, Shahin, Abolfazl (2019). Civil Penalty; A Study in Comparative Law and International Trade Law. Perspectives on Judicial Law, Volume 25, Issue 92, Pages 61-85.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (1378). Obligations rights. Tehran: Ganj Danesh. (in Persain)
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2013). Legal terminology. Tehran: Ganj Danesh. (in Persain)
- Katouzian, Nasser (1374). General theory of obligations. Tehran: Yalda Publishing House. (in Persain)
- Katouzian, Nasser (2019). Civil law course, general rules of contracts, contract execution. Tehran: Ganj Danesh. (in Persain)
- Katouzian, Nasser (2018). Civil rights, general rules of contracts. Tehran: Sohami Publishing. (in Persain)
- Karkhiran, Mohammad Hossein (2018). The most complete collection of the Law on the Execution of Civil Sentences. Tehran: Ariyadad. (in Persain)
- Karki, Ali bin Abd al-Ali (1414). Jame Al-Maqasid Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them, for heritage. (in Arabic)
- Khairy Jabr, Ali; ghabooli of Darafshan, Seyyed Mohammad Mahdi and Ansari, Azam (2017). The effect of violation of contractual obligations on the emergence of the right of termination (a comparative study in Iranian law and some Islamic and Western legal systems). Quarterly Journal of Comparative Studies of Islamic and Western Laws, Volume 5, Number 4, Pp 91-121. (in Persain)
- Khodabakhshi, Abdullah (2018). The fundamental distinction between civil rights and criminal rights. Tehran, Institute of Law Studies and Research, Shahadanesh (in Persain).
- Khoi (martyr), Seyyed Mohammad Taghi Mousavi (1414). Dependent conditions or obligations in contracts. Beirut, Dar al-Mu'rokh al-Arabi. (in Arabic)
- Khoini, Ghafoor (1401). Philosophy of Law. Tehran: Majd Publications. (in Persain)
- Krawiec, K. D., & Oman, N. B. (2025). *The case for specific performance of personal service contracts*. William & Mary Law School Scholarship Repository. Retrieved from <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs>
- Labbay, A. (2021). L'astreinte, un nouveau mode de financement au service de l'environnement? (CE, Ass., 10 juillet 2020, Association Les amis de la Terre France, n° 428409). Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 19.
- Landrove, J. C., & Greuter, J. J. (2008). L'astreinte: une mesure injustement boudée par le Projet de Code de procédure civile? Revue de droit suisse (RDS / ZSR), 127(I), 271-305.
- Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa (1374). The rules of jurisprudence in the civil section (section 2). Tehran: Side. (in Persain)
- Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafi

- (2012). Jurisprudence rules of the judicial sector (section 3). Tehran: Humanities Publishing Center. (in Persain)
- Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafi (1406). Jurisprudence rules. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (in Persain)
- Mohajeri, Ali (1381). Enforcement of civil orders. Tehran: Fakhr Sazan Publications. (in Persain)
- Mohajeri, Ali (1386). Expanded in civil procedure. Tehran: Fakrsazan Publishing House. (in Persain)
- Mohed, Mohammad Ali (2018). Summary of civil rights. Tehran: Esharkarnameh. (in Persain)
- Mousavi Bojanvardi, Seyed Hasan (1377). Jurisprudence rules. Qom: Al-Hadi Publishing House. (in Persain)
- Najafi, Mohammad Hassan (2014). Jawaharlal Kalam Tehran: Darul Kitab al-Islamiya. (in Arabic)
- Nafisi (Nazem al-Atba), Ali Akbar (1355). Exquisite culture. Tehran: Khayyam Bookstore Publications. (in Persain)
- Nahrini, Fereydoun (2014). The nature and effects of contract termination in Iranian law. Ganj Danesh, Tehran. (in Persain)
- Naini, Mohammad Hassan (1358). Mania Talib; Sheikh Musa Najafi Khansari. Najaf: Mortazavieh Press. (in Arabic)
- Naraghi, Ahmad bin Mahdi (1375). *avaed alayam fi bian ghavaed alahkam*. Qom: Islamic Propaganda Office of Qom Seminary. (in Arabic)
- Pucciariello, P., & Fanelli, G. (2011). Capitolo II. L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta. In B. Capponi (Ed.), *L'esecuzione processuale indiretta* (pp. 43-). IPSOA.
- Pakbaz, Siamak (1400). Description of French civil law. Tehran, Mizan Publications. (in Persain)
- Riahi, Ali Asghar, Sadeghi, Mahmoud and Parsapour, Mohammad Bagher (2017). "Precedence of the obligation to fulfill the obligation over termination and judicial procedure". *Journal of Private Law*, Volume 15, Number 2, Pp. 241-259. (in Persain)
- Safai, Seyyed Hossein (2004). Introductory course of civil law, general rules of contracts. Third edition, Tehran: Mizan Publishing. (in Persain)
- Safai, Seyyed Hossein; Elfat, Nematullah (1389). "Compulsory execution of the same obligation and its precedence over the right to terminate the contract". *Mofid bi-quarterly*, number seventy-nine, number 18, pp 43-62. (in Persain)
- Senhori Abdul Razzaq (1998). *Al-Wasit, al-Halabi charters of jurisprudence*. Beirut: Bina. (in Arabic)
- Seyed Yazdi, Mohammad Kazem (Beta). *Arwa al-Waghti* Beirut: Al-Alami Press Institute. (in Arabic)
- Shams, Abdullah (1386). *Civil procedure (advanced course)*. Tehran: Drak (in Persain).
- Shahidi, Mehdi (2006). *Civil rights: effects of contracts and obligations*. Tehran: Majd (in Persain).
- Shiravi, Abdul Hossein (2016). *contract rights; Consolidation, effects and dissolution*. Tehran: Side. (in Persain)
- Shiravi, Abdul Hossein (1400). *Rights of contracts*. Tehran: Side. (in Persain)
- Simai Saraf, Hossein; Abu Ata, Mohammad and Barmanzen, Fatemeh (2017). "Methods of requiring the objective implementation of the obligation". *Fiqh and Islamic Law Studies*, 10th year, number 18, pp. 203-230. (in Persain)
- Tabatabai, Seyyed Ali (1368). *Al-Sharh al-Saghir in the brief description of al-Nafi*. Qom: Publications of Ayatollah Marashi Najafi Public Library. (in Arabic)

Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1370). hashyat elamkasb. Qom: Ismailian Institute. (in Arabic)

Tabrizi, Mirza Javad bin Ali (Beita). New polls (Tabrizi). Qom: Server. (in Arabic)

Tousi, Abu Jaafar Muhammad bin Hasan (1387). Al-Mabusut in Imami

jurisprudence. Tehran: Al-Mortazawi Library for Revival of Al-Jaafari Antiquities. (in Arabic)

Yousefi, Ahmad Ali (2004). "Discovery and Implementation of Sharia in Social Relations." Qabasat Quarterly, Volume 9, Issue 32, Pages 147-182. (in Persain)