

دیدگاه‌های نوین در حقوق مدنی ۳

(از دیدگاه قضائی - تئوری تا برنامه ریزی درسی)

تالیف و تدوین

دکتر محمد مجتبی رودیجانی

قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه

دکتر فهیمه کشاورزی

دانشیار مطالعات برنامه درسی، گروه مدیریت و برنامه ریزی آموزشی

دانشگاه شیراز

سرشناسه: رودیجانی، محمدمجتبی، ۱۳۶۱
عنوان و نام پدیدآور: دیدگاه‌های نوین در حقوق مدنی۳ (از دیدگاه قضائی- تئوری تا برنامه‌ریزی درسی
مشخصات نشر: تهران: کتاب آوا، ۱۴۰۴
مشخصات ظاهری: ۲۰۵ ص.رقعی
شابک:۰-۹۴۴-۳۴۶-۶۰۰-۹۷۸
وضعیت فهرست‌نویسی: فیپا
موضوع: حقوق مدنی -- ایران -- مقاله‌ها و خطابه‌ها
موضوع: Civil rights-- Iran -- Addresses, essays, lectures
شناسه افزوده: کشاورزی، فهیمه، ۱۳۶۴
رده‌بندی کنگره: ۸۱۰KMH
رده‌بندی دیویی: ۵۵۰۲/۳۴۶
شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۲۸۲۴۲۷

دیدگاه‌های نوین در حقوق مدنی ۳
(از دیدگاه قضائی– تئوری تا برنامه‌ریزی درسی)

تألیف و تدوین: دکتر محمدمجتبی رودیجانی- دکتر فهیمه کشاورزی

هرگونه تکثیر این اثر از طریق ارسال یا بارگذاری فایل الکترونیکی، یا چاپ و نشر کاغذی آن بدون مجوز ناشر، به هر شکل، اعم از فایل، سی‌دی، افست، ریسوگراف فتوکپی، زیراکس یا وسایل مشابه، به صورت متن کامل یا صفحاتی از آن، تحت هر نام اعم از کتاب، راهنما، جزوه، یا وسیله کمک آموزشی، در فضای واقعی یا مجازی، و همچنین توزیع، فروش، عرضه یا ارسال اثری که بدون مجوز ناشر تولید شده، موجب پیگرد قانونی است.

ناشر: کتاب آوا
نوبت چاپ: اول-۱۴۰۴
شمارگان: ۲۰۰
قیمت: ۲۷۰,۰۰۰ تومان
شابک: ۰-۹۴۴-۳۴۶-۶۰۰-۹۷۸

نشانی دفتر مرکزی: تهران، خیابان انقلاب، خ ۱۲ فروردین، بن‌بست حقیقت، پلاک ۴، طبقه دوم
شماره‌های تماس: ۶۶۴۶۷۱۵۰
نشانی فروشگاه: اسلامشهر، خیابان صیاد شیرازی، روبروی دانشگاه آزاد، جنب دادگستری
شماره تماس: ۵۶۵۴۶۵۱

نشانی مرکز پخش: تهران - خیابان انقلاب - خیابان فخررازی - تقاطع ژاندارمری پلاک ۷۱/۱
شماره‌های تماس: ۶۶۹۷۴۶۴۵ - ۶۶۹۷۴۱۳۰ -۶۶۴۰۷۹۹۳-۶۶۴۱۶۰۰۴ - ۶۶۴۱۶۰۰۷
نشانی اینترنتی: www.avabook.com

• فهرست

مطالب

مقدمه..... ۵

۱- مطالعه تطبیقی محدودیت‌های اجرای عین تعهد..... ۷

۲- مطالعه تطبیقی اصل انصافی بودن اجرای عین تعهد..... ۵۵

۳- پارادایم اصل مطابقت اجراء با قرارداد و نظریه اجرای اساسی تعهد..... ۹۹

۴- نوآوری در برنامه درسی حقوق: اعمال پارادایم حقوق کامن‌لا در مبحث مسئولیت قراردادی (مطالعه موردی: درس حقوق مدنی ۳)..... ۱۴۱

مقدمه

تالیف حاضر مجموعه مقالاتی در زمینه اجرای تعهد و مسائل مرتبط بـا آن (درس حقوق مدنی ۳) است. در این مقالات با رویکردی تطبیقی به بررسی مسائل مربوطه پرداخته شده است. همکار این مجموعه سرکار خانم دکتر فهیمه کشاورزی دانشیار دانشگاه شیراز می‌باشند. نویسنده به عنوان قاضی دادگـاه حقـوقی در مـواردی بـه آرای صادره از شعبه تحت تصدی خود استناد نموده است. آنچه نوشته‌های قاضـی حقوقی را از سایر نوشته‌های حقوقی متمایز می‌سازد دیدگاه عملی و تلفیـق آن بـا دیدگاههای تئوری در زمینه حقوق خصوصی (گرایش تخصصی نویسـنده حاضـر)، است. ارائه دیدگاههای صرفا تئوری که به وفور در دانشکده‌های حقـوق بـه چشـم می‌خورد موجب تربیت نسل حقوقدانی گردیده کـه در دادگـاه، فاقـد کـارایی لازم است. از طرف دیگر با توجه به اینکه اکثریت قضات در حال حاضر دارای تحصیلات عالی در سطح دکتری هسـتند، علـم و عمـل را بـه هـم آمیختـه و بـه سـرعت از دیدگاههای صرفا تئوری بعضا ناکارآمد در حل مشکلات حقوقی، فاصله گرفتـه‌انـد. قضاوت هنر به کارگیری مسائل تئوری حقوق در حل عملی مشکلات حقوقی عامه و حل و فصل اختلافات و مرافعات است. هنری که صرفا در دانشکده‌های حقوق به

دست نمی‌آید. بلکه قضات مجرب آنها را به کارآموزان قضایی آموخته و موجب تربیت نسلی از قضات گردیده‌اند که کمتر حقوقدان تئوری دان و تئوری خوانی یارای مقابله با استدلال آنان را دارد. سلاح قضات علم و عمل توام است. قضاوت فن به کارگیری قوانین و مقررات در حل و فصل اختلافات است. قاضی حقوقی یک تئوریسین عامل است. عالم به تئوری و عامل به قانون. مجموعه حاضر تلاشی در این زمینه است. تلاشی برای ارائه دیدگاه قضاوتی در اجرای تعهد با مطالعه تطبیقی. در کنار این موضوع نویسنده از مطالعات استاد برنامه ریزی درسی دانشگاه بهره گرفته است. هر کدام از مقالات در حوزه مطالعاتی و تخصصی نویسندگان به بررسی موضوع پرداخته است.

با توکل بر خداوند متعال و ائمه اطهار و دماء شهداء این راه ادامه خواهد یافت.

ای عزیز مصر و در پیمان درست یوسف مظلوم در زندان توست
در خلاص او یکی خوابی ببین زود والله یحب المحسنین

دکتر محمد مجتبی رودیجانی
دکتر فهیمه کشاورزی

۱

مطالعه تطبیقی

محدودیت‌های اجرای عین تعهد

چکیده

اجرای عین تعهد یا اجبار به انجام تعهد عبارت است از اینکه متعهد آنچه را که به آن ملتزم شده تا هنگامی که امکان اجرای آن وجود داشته باشد، اجرا نماید (صدر ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران). منظور از محدودیتهای اجرای عین تعهد، مواردی هستند که به دلایل مختلف دادگاه از صدور رای به اجرای عین تعهد خودداری می‌نماید. این محدودیتها در حقوق ایران مورد اشاره قرار نگرفته‌اند. هرچند اجرای عین تعهد در این نظام حقوقی، قاعده است. بنابراین برای بررسی آنها مطالعه حقوق خارجی نیاز ضروری است. موارد کافی بودن جبران پولی، دشواری شدید، بی مناسبتی، قصور در اجرای رای دادگاه و قراردادهایی که اجرای عین آنها امکانپذیر نیست. مانند: قراردادهای ساخت، قراردادهای فاقد تقابل و دوسره بودن و قراردادهای خدمات شخصی، جزو این محدودیتها هستند. این مقاله از رهگذر روش توصیفی– تحلیلی (مطالعه کتابخانه‌ای)، به دنبال شناسائی محدودیتهای اجرای عین تعهد به عنوان روشهایی عقلائی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی است.

کلید واژه‌ها: اجرای عین تعهد، محدودیت‌ها، دادگاه، قرارداد، رای، التزام

مقدمه:

اجرای عین تعهد یا اجبار به انجام تعهد(علی احمدی، ۱۳۷۵: ۲۴۳ و داکسبری، ۱۳۷۷: ۱۱۵)، یعنی متعهد آنچه را که به آن التزام دارد تا زمانی که امکان اجرای آن وجود داشته باشد اجرا نماید[۱] (صدر ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران). در واقع اگر متعهد به اختیار خود آنچه را که متعهد شده اجرا نکند اجرای قهری علیه وی شروع می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۷۸: ۱۵۱ و داراب پور، ۱۳۷۹: ۲۳۲ و شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۸). بنابراین اجرای عین تعهد در برابر اجرای اختیاری تعهد قرار می‌گیرد. در حقوق ایران اجرای اجباری عقد به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۴/۱۳۸۳: ۸۳ وجعفری لنگرودی، ۱/۱۳۵۶: ۸۴ و خوئینی، ۱۳۷۹: ۱۹۰ و قاسم زاده، ۱۳۸۳: ۲۱۸). آنچه در مورد لازم‌الاتباع بودن عقد گفته شده بیانگر این مطلب است که متعاقدین ابتداً ملزم به اجرای مفاد قرارداد هستند و این موضوع درصدر ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران نیز مورد اشاره قرار گرفته است. همچنین موثر بودن قرارداد نسبت به طرفین (ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران)، که در اصل نسبی بودن مورد اشاره قرار گرفته، به معنی الزام طرفین به انجام تعهدات ناشی از عقد نیز می‌باشد. در حقوق کشورهای عربی برخی در تعریف اجرای عین تعهد گفته‌اند: «اجرای بدون شرط و مدت»[۲] (الیعقوب، ۱۹۹۵: ۱۰۸۵). یعنی متعاقدین ملزم به اجرای تعهداتی هستند که بر عهده آنها قرارداده شده و این باید

۱- «تنفیذ عین ما التزام به المدین متی کان ذلک ممکناً» ر،ک: (کرم ، ۱۴۰۷ه: ۱۵۶ و شهیدی، ۱۳۸۳: ۴۱). در رأی شماره ۳۲-۲۴ مورخ ۱۳۷۲/۱/۱۷ صادره از شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور با موضوع الزام به تنظیم سند رسمی پس از انعقاد عقد بیع با سند عادی، قید شده که هر شخصی که تعهد انجام کاری را بر عهده می‌گیرد، ملزم به اجرای آن خواهد بود.ر،ک:(بازگیر ، ۱۳۷۹: ۲۱۱) .

۲- تنفیذ خال من الشرط و الأجل.

به صورت تنفیذ بسیط و بدون هیچ پیش شرطی صورت بگیرد و تأخیر نیز نداشته باشد.

در فقه نیز اجبار متعهد و مبنای آن به خوبی مورد شرح و بسط واقع شده است. در واقع وجوب اجرای تعهدات بیانگر الزام طرفین به اجرای قرارداد است[۱](الکرکی، ۷/۱۴۱۰: ۷۲). براین اساس طبق بناء عقلاء و عرف، ممتنع از اجرای تعهد ملزم به انجام تعهد می‌گردد و در صورتی که اجبار امکانپذیر نبود، خیار فسخ برای متعهدله ثابت می‌گردد (ملاک مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی) [۲](الاصفهانی، ۵/۱۴۱۹: ۳۹۸ و البجنوردی، ۴/۱۴۱۹: ۲۰۵ و ۲۰۶). در نتیجه فقهاء اصل اجبار متعهد به اجرای تعهد را مورد قبول قرارداده‌اند. این موضوع نتیجه وجوب الزام متعاقدین به آن چیزی است که در قرارداد بر عهده گرفته‌اند. در حقوق کشورهای عربی نیز اصل بر اجرای عین تعهد است (سعد، ۱۹۹۵:۳۳۴و کساب، ۲۰۰۰: ۶۳ و العوجی، ۱/۱۹۹۵: ۵۲۰). این اصل تا زمانی اجرا می‌شود که امکان اجرای عین تعهد وجود داشته باشد (ابوبکر، ۲۰۰۳: ۱۰۰و عدی، ۱۹۸۲: ۳۹والسنهوری، ۲/۱۹۹۸: ۷۵۸)[۳]. ماده ۲۴۹ قانون موجبات و عقود لبنان (ناصیف، ۳/۱۹۹۴: ۵۳)، نیز بر این نکته تاکید دارد که اجرای عین تعهد تا زمانی که امکانپذیر باشد مورد

۱- انه إذا تحقق الوجوب کان للحاکم تسلط علی إجباره علی واحد من أمور متعددة: البیع، الاجارة أو القسمة . امکنت الی آخر الأمور المتعددة فکان له إجبار فی الجملة.

۲- لأن غایة مایمکن الالتزام به سبب الالتزام الضمنی المستکشف ببناء العقلاء و العرف هو جمیع آثار الالتزام من جواز الامتناع لاحد هما مع امتناع الأخر و جواز اجبار الممتنع و ثبوت الخیار مع تعذر التسلیم أو تعذر الاجبار.

۳ - ماده ۳۵۵ قانون مدنی اردن و ماده ۲۰۴ قانون مدنی سوریه و ماده ۴۰۳ قانون مدنی مصردر این زمینه مقرر نموده اند: «یجبر المدین بعد اعذاره علی تنفیذ ماالتزامه تنفیذاً عیناً متی کان ذلک ممکناً».

حکم واقع می‌شود. [۱]در حقوق کشورهای عربی مانند حقوق ایران اجرای عین تعهد اصل است و تنها زمانی به سراغ خسارت می‌روند که امکان اجرای عین تعهد و جود نداشته باشد[۲](سعد، ۲/۱۹۹۸: ۲۵والزحیلی، ۲۰۰۳: ۲۲۶).

در حقوق انگلیس اجرای اینچنینی به عنوان نزدیکترین طریق اجرای عین تعهد، جبرانی است که به منظور اجرای مفاد قرارداد تلقی شده که به وسیله حکم قضائی[۳] و دستور[۴] دادگاه صورت می‌گیرد. اجرای عین تعهد جبرانی است که به منظور اجرای دقیق و تمام یک تعهد به کار برده می‌شود. اجرای عین تعهد در حقوق انگلیس یک جبران منصفانه و متعادل است (A . garner,2004: 1435). منصفانه بودن این جبران از آن جهت است که طبق صلاحدید دادگاه هرگاه جبران ناکافی[۵] باشد یا خسارت نتواند مورد حکم قرار بگیرند، برقرار شده و موجب تعادل می‌شود.

بنابراین دستور به اجرای عین تعهد(Brown,1989: 144)، عبارت است از اینکه متعهد باید قرارداد را همانگونه که به آن ملتزم شده و مطابق مفاد و شرایط آن، اجرا کند . (Beatson,1998:595 , Edwards,1997: 451) در قضیه Biggin . v minton 1977 (Beatson,1998:595) ، اشاره شده که اجرای عین تعهد، اجرای تعهد مطابق[۶] و موافق[۷] مفاد قرارداد بوده، و منظور ازاجرای عین تعهد همین مطابقت است. در حقوق یونان اشاره شده که قید ابتدایی در اجرای تعهد آن است

۱- یجب علی قدر المستطاع أن توفی الموجبات عیناً إذا أن للدائن حقاً مکتسباً فی استیفاء الموجب بالذات.
۲- التنفیذ العینی هو الأصل. إذا تعذر الاصل یصار الی البدل (ماده ۵۳ المجلة).

3- Judgment
4- Decree
5- Insufficient
6- Conform
7- In accordance with

که متعهد باید تعهدات خود را مطابق با قراردادی انجام دهد که ملتزم به آن شده است . در اینجا یک اجرای عین تعهد به صورت قهری[1] وجود دارد که به موجب رای دادگاه انجام می‌گیرد (P . Stathoulos,1995: 166) و متعهد را اجبار به اجرای عین تعهد می‌نماید.

قانون آئین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ فصل نهم را به «مطالبه خسارت و اجبار به انجام تعهد»، اختصاص داده است. در حالی که در این قسمت از اجبار به انجام تعهد سخنی در مواد این قانون به میان نیامده است. اما مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مصوب۱۳۱۸ (مجموعه آیین دادرسی مدنی، ۱۳۷۴: ۱۵۶)، اختصاص به «اجبار به انجام تعهد»، داشت. این مواد در حقیقت حاوی دو حکم هستند: اجبار به انجام تعهد و در صورت تعذر آن جریمه مالی متعهد (شریعتی، ۱۳۴۳: ۱۲۸). به نظر می‌رسد قانون آئین دادرسی مدنی جدید با ذکر«اجبار به انجام تعهد»، در صدد ذکر مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ قانون اخیر بوده ولی در اثر مسامحه از قلم افتاده‌اند.

در بررسی طریق عینی اجرای تعهد(الزام به اجرای عین تعهد یا التنفیذ العینی)[2]، دو نکته دارای اهمیت است. اول اینکه بعد از اجرای اختیاری، اجرای عین تعهد، دومین طریق اجرای مفاد قرارداد است. دوم اینکه اجرای عین تعهد تحت عنوان ضمانت اجرا مطرح می‌گردد و در واقع یک جبران[3] است. به این موضوع در مورد اجرای عین تعهد باید توجه کرد که در ضمانت های اجرای مفاد قرارداد، فقه و حقوق ایران اولویت را به اجبار متعهد داده و جبران به وسیله خسارات در مرتبه

1- Compulsory
2- Specific performance
3- Remedy

بعدی قرار می‌گیرد، در حالی که در حقوق انگلیس اولویت با خسارات است و اجرای عین تعهد در مرتبه ثانوی مطرح می‌گردد. این نکته اساسی در زمینه اجرای عین تعهد و خسارات به عنوان دو ضمانت اجرا است که گرایش دو نظام حقوقی فوق را تبیین می‌نماید. بر این بنیان موضوعی تحت عنوان محدودیتهای اجرای عین تعهد با بررسی تطبیقی مورد توجه قرار نگرفته است. به عبارت دیگر در حقوق ایران به این سوال که محدودیتهای اجرای عین تعهد که اولویت در این نظام حقوقی با آن است، چه مواردی می‌باشد؟ پاسخ داده نشده. نویسندگان حقوقی به بحث موارد استثنائی عین تعهد پرداخته‌اند. در حالی که مبحث استثنائات وارده بر اجرای عین تعهد با محدودیتهای اجرای عین تعهد دارای تفاوت ظریفی است که در اقوال این نویسندگان به آن توجه نشده و این دو از یکدیگر تفکیک نشده‌اند. بنابراین چه تفاوتی بین استثنائات وارده بر اجرای عین تعهد و محدودیتهای اجرای عین تعهد وجود دارد؟ در تحقیق حاضر سعی شده با عبور از دیدگاه سنتی که صرفا به استثنائات وارده بر اجرای عین تعهد می‌پردازد، با ارائه دیدگاه نوین مبتنی بر حقوق انگلیس، به محدودیتهای اجرای عین تعهد پرداخته شود. به این منظور مطالب در دو بند کلی ارائه خواهد شد:

۱- بررسی اجرای عین تعهد به عنوان یک جبران با بهره گیری ازمباحث مطرح شده در حقوق انگلیس.

۲- بررسی محدودیتهای اجرای عین تعهد در حقوق انگلیس و ارائه راهکار جهت تطبیق در حقوق ایران. در این مقاله سعی شده با دیدگاه نوگرایانه از مباحث سنتی فاصله گرفته و مباحث با تطبیق در حقوق انگلیس ارائه گردد. به همین دلیل رویه قاطعی در این خصوص و دیدگاه مطروحه در حقوق ایران وجود

ندارد. مقاله حاضر آغازی برای شکل دهی رویه مربوط به محدودیتهای اجـرای عین تعهد در حقوق ایران است.

۱- محدودیت‌های اجرای عین تعهد

منظور از محدودیت‌های اجرای عین تعهد موارد ی هستند که بـه دلایـل مختلـف دادگاه از صدور رأی به اجرای عین تعهد خودداری می‌نمایـد. در ایـن قسـمت بـه بررسی این محدودیتها پرداخته می‌شود. یعنی جاهائی که اجـرای عـین تعهـد بـه عنوان یک قاعده نمی تواند اعمال شود. لازم به ذکر است که این محدودیت‌هـا در حقوق ایران مورد اشاره قرار نگرفته‌اند اما می‌توان برخی از آنها را قابل اعمال و اجرا در حقوق ایران دانست، زیرا عقلائی هستند. البته نویسندگاه حقوقی به اسـتثنائات وارده بر اجرای عین تعهد نیز پرداخته‌اند. به این صورت که موارد استثنائی اجـرای عین تعهد در حقوق ایران را تحت عنوان انحراف از قاعده لزوم اجبار به اجرای تعهد بیان نموده‌اند. این موارد عبارتند از:

۱- عدم تامین ثمن (مواد ۳۹۵ و ۴۰۲ قانون مدنی).

۲- عدم توانایی در پرداخت ثمن (خیار تفلیس) (ماده ۳۰۸ قانون مدنی).

۳- بیع از روی نمونه (ماده ۳۵۴ قانون مدنی).

۴- شرط دادن رهن و ضامن (ماده ۳۷۹ قانون مدنی).

۵- تخلف از شرایط عقد اجاره (ماده ۴۹۶ قانون مدنی).

۶- شرط صفت (ماده ۲۳۵ قانون مدنی).

۷- خودداری عامل از انجام زراعت (مـاده ۵۳۴ قـانون مـدنی) (مقـدری امیـری و عسکری، ۱۳۹۴: ۱۲۹).

این موارد تحت عنوان استثنائات بررسی می‌شوند. در حالی که محل بحث در مقاله حاضر در مواردی است که ابتدا به اجرای عین تعهد حکم داده شده، ولی موانعی مانع آن می‌شوند. در حالی که در استثنائات بر اجرای عین تعهد ابتدا حکم به اجرای عین تعهد داده نشده، در نتیجه به این موارد در تحقیق حاضر پرداخته نشده است. به عبارت دیگر در مواردی که تحت عنوان موارد استثنائی اجرای عین تعهد مطرح شده اند، اصولا بحثی راجع به اجرای عین تعهد از ابتدا مطرح نبوده که این موارد را استثنای بر آن تلقی نماییم.

۱-۱- مواردی که جبران پولی (خسارت)، کافی است

در مواردی که جبران پولی کفایت می‌نماید و یک ترمیم و جبران مناسب است، دادگاه رأی به اجرای عین تعهد صادر نمی‌کند. در حقوق انگلیس جبران پولی راه آسانتر تلقی شده (Upex,1991: 263 , Kuchhal,1998: 153). در نتیجه در این نظام حقوق ابتدا جبران پولی و سپس اجرای عین تعهد مطرح می‌شود، یعنی اولویت با خسارت است. البته برخی نویسندگان نیز گفته‌اند که عدم کفایت خسارات[1] باعث می‌شود تا دادگاه رأی به اجرای عین تعهد بدهد (Beatson,1998: 595). در حقوق ایران این موضوع پذیرفته نشده زیرا اولویت براجرای عین تعهد است. در هرحال خواهان می‌بایست ابتدا اجرای عین تعهد را درخواست نماید. در نتیجه هنگامی که خواهان ابتدا مطالبه خسارت نماید دادگاه به همین استناد قرار عدم استماع دعوی خواهان صادر واعلام می‌نماید.

در رای پرونده شماره ۱۴۰۰۱۲۹۲۰۰۰۴۱۴۱۷۶۲ شعبه ۱۵ دادگاه حقوقی شیراز-تصمیم نهایی شماره ۱۴۰۰۱۲۳۹۰۰۰۹۸۲۱۰۶۶ چنین عنوان شده است:

1- Inadequacy of damages