

## **A Study of Possibility of Judicial Discretion to Refuse Specific Performance in Dutch and Iranian Law**

**Ahmad Esfandiari\***

*Assistant Professor of Department of Private Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran.*

(Received: February 4, 2022 ; Accepted: May 14, 2022)

### **Abstract**

Although, according to Roman principle, "The Agreements Must be Kept"-which is inspiring for Dutch Civil Law- the priority of enforcing the Specific Performance over compensation and termination has been accepted, due to silence of law about it, the Supreme Court of this country, restricts its application to 2 items subsidiarity and proportionality. This means that whenever the judicial authority is able to eliminate the impediment caused by breach of the contract by using compensatory methods such as issuing a verdict for payment of damages and termination, it can refuse to issue a verdict for specific performance and gives such a decision only when the benefits that the creditor gets in this way are proportional to the losses incurred by the debtor. In Iranian law, in spite of some texts - which indicate the need to fulfill the contract and terms and conditions, and according to some opinions, the refusal of the court to issue a verdict for specific performance, before the impossibility of its performance is impossible-, In case there is no balance between the interests of the creditor and the loss of the debtor, rules such as no-hardship and no-harm leave the court free to refrain from issuing a judgment to enforce the specific performance.

### **Keyword**

Specific Performance, Discretion, Balancing, Subsidiarity, Proportionality.

---

\* **Corresponding Author, Email:** Ahmadesfandiari@iausari.ac.ir

## بررسی امکان صلاحدید قضایی در خودداری از اجرای اجباری تعهد در حقوق هلند و ایران

احمد اسفندیاری\*

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ساری، ساری، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۴)

### چکیده

با اینکه مطابق اصل رومی «قرارداد باید نگهداری شود»، که الهامبخش قانون مدنی هلند است، اولویت اجرای اجباری تعهد بر روش‌های جبرانی، مانند جبران خسارت و فسخ، در حقوق این کشور پذیرفته شده است، با سکوت قوانین موضوعه در این مورد، دیوان عالی این کشور اعمال آن را به دو وصف «علی البدلی بودن» و «متناسب بودن» مقید کرد. به این معنی هرگاه مرجع قضایی با استفاده از طرق جبرانی، مانند صدور حکم به پرداخت خسارت و فسخ، بتواند خلل ناشی از نقض قرارداد را مرتفع کند، می‌تواند از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد خودداری ورزد و صرفاً در صورتی چنین حکمی می‌دهد که منافی که بستانکار از این راه می‌برد با زبان‌های وارد به بدهکار متناسب باشد. در حقوق ایران نیز به‌رغم برخی نصوص، که دلالت بر لزوم وفای به عقد و شرط دارد و به نظر برخی امتناع دادگاه از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد پیش از متعذر شدن اجرا آن را غیرممکن می‌کند، در صورت نبود توازن میان منافع بستانکار و زبان بدهکار، قواعدی مانند لاجرح و لاضرر دست دادگاه را برای خودداری از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد باز می‌گذارد.

### کلیدواژگان

اجرای اجباری، توازن، صلاحدید، علی البدلی بودن، متناسب بودن.

---

\* رایا نامه نویسنده مسئول: [Ahmadesfandiari@iausari.ac.ir](mailto:Ahmadesfandiari@iausari.ac.ir)

## مقدمه

صلاحدید<sup>۱</sup> که به تجویز، مصلحت دیدن، صلاح اندیشیدن، و ... معنی شده است (دهخدا ۱۳۷۳: ج ۹، ۱۳۲۳۰) اختیاری است که برای صاحب آن این امکان را فراهم می‌آورد تا در وضعیتی که خلأ قانونی وجود داشته باشد یا اینکه اجرای بی‌کم‌وکاست آن نتایجی به بار آورد که با مقصود کلی قانون‌گذار ناسازگار باشد در مورد طیفی از گزینه‌های احتمالی درباره یک پرونده تعیین تکلیف و تصمیم‌گیری کند (Ford 1994: 56). بنابراین، در صورتی که دادگاه به جای احراز قاعده حقوقی نامشخص یا مورد مناقشه و اعمال آن در پرونده مورد نظر، که قضاوت نامیده می‌شود، به دنبال دور زدن قانون باشد، صلاحدید قضایی را اعمال می‌کند. آسان‌ترین راه برای شناسایی وجود صلاحدید استفاده از اصطلاح «می‌تواند» یا معادل آن در تنظیم قواعد حقوقی است (Nathan 1923: 339).

در نظام حقوقی مدنی هلند، جبران اصلی برای عدم اجرای تعهد صدور حکم به اجرای اجباری است (Van der Merwe 2014: 52; Hass 2009: 338). اجرای اجباری به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن به دلیل اینکه یک طرف تعهدات خود را طبق قرارداد انجام نمی‌دهد برای طرف دیگر که آن را نقض نکرده است حق مطالبه اجرای تعهد ایجاد می‌شود (Smits 2014: 17). یکی از اصول مهم حقوق قراردادهای هلند این است که دو طرف قرارداد موظف به اجرای تعهداتی هستند که با میل خود به آن وارد شده‌اند. چنین امری از اصل رومی «قرارداد باید اجرا شود»<sup>۲</sup> که بر حقوق کشورهای اروپای قاره‌ای سایه افکنده است و همچنین از بند ۱ ماده ۶: ۴۸ قانون مدنی این کشور قابل استنباط است. با این حال از آنجا که اصل فوق به‌صراحت در قانون مدنی<sup>۳</sup> گنجانده نشده است اعمال آن از سوی دیوان عالی و دکترین حقوقی آن کشور با قیود و شروطی همراه شده و به جای آن تمایل برای اعمال صلاحدید قضایی به صدور حکم به جبران خسارت به عنوان یکی از روش‌های جبرانی دیده می‌شود (Smits 2014: 19).

در کتاب‌های فقهی، که آیه شریفه «... اوفوا بالعقود» و حدیث نبوی (ص) «المؤمنون عند شروطهم» به عنوان قاعده‌ای کلی در مورد اجرای تعهدات بر آن سایه انداخته است، و همچنین در

1. Discretion
2. Pacta Sunt Servanda
3. Burgerlijk Wetboek (BW)

مباحث حقوقی ایران چند کتاب در زمینه حقوق مدنی و حدود بیست مقاله در مورد تقدم اجرای اجباری تعهد بر فسخ و جبران خسارت یا تقدم فسخ و جبران خسارت بر اجرای اجباری تعهد و همچنین امکان توسل هم‌زمان بستانکار به هر دو نوشته شده و محتوای مطالب مندرج در برخی از آن‌ها در این مقاله منعکس شده است. با این حال، درباره امکان اعمال صلاحدید قضایی در این مورد به سکوت برگزار شده و برعکس همه تلاش‌های علمی فقها و نویسندگان حقوقی، بدون توجه به ملاحظات عملی و دادرسی، صرفاً بر جنبه‌های نظری و ماهوی این موضوع متمرکز شده است. نقطه ثقل مباحث گوناگون مطرح شده در این مورد به اثر تکلیفی یا وضعی تعهد و شرط فعل، به عنوان یکی از مصادق تعهد، مربوط می‌شود؛ چنان که مطابق دیدگاه برخی از آنجا که عمل به مدلول شرط فعل بر مشروط علیه الزامی نیست، اجبار او به انجام دادن آن جایز نیست (طوسی ۱۳۸۷: ج ۲، ۱۵۱). فایده درج چنین شرطی ضمن عقد آن است که در صورت انجام ندادن آن مشروط‌له میان ابقای عقد و فسخ آن مخیر می‌شود (مکی‌عاملی ۱۴۱۳: ۱۱۰؛ حلی ۱۴۱۴: ج ۱۰، ۲۵۲؛ موسوی ۱۳۶۸: ج ۵، ۲۲۰). برخی نویسندگان متأخر قانون مدنی با استناد به اختلاف نظر میان فقها آن را فاقد مبنای فقهی اعلام کرده‌اند و بر آن‌اند که در صورت نقض تعهد از سوی بدهکار برای بستانکار به صورت هم‌زمان حق الزام به اجرای تعهد و حق فسخ و جبران خسارت ایجاد می‌شود (بادینی و همکاران ۱۳۸۸: ۳۰۷). دلیل اصلی چنین دیدگاهی، علاوه بر حکومت اصالة العدم در مقام تردید در وجوب وفای به مدلول شرط و عدم آن، این است که در صورت عدم اجرای شرط از سوی مشروط علیه برای مشروط‌له راه جبرانی دیگر، یعنی فسخ عقد، پیش‌بینی شده و به این ترتیب میان حقوق و منافع دو طرف توازن برقرار می‌شود. این در حالی است که با ورود جامعه به مرحله بالاتری از توسعه نه تنها نیاز به تعداد بیشتری از انواع قراردادها احساس می‌شود بلکه نیاز به اعتماد بر تحقق توافق مندرج در آن‌ها نیز افزایش می‌یابد. بنابراین، اصرار بر وفاداری از الزامات اخلاق طبیعی است و دادن حق فسخ یا حق درخواست اجرای اجباری تعهد یا حق فسخ به متعهدله به محض عدم اجرای تعهد به‌تنهایی منافع طرفین را تأمین نمی‌کند. برعکس، بر اساس دیدگاهی دیگر، که نسبت به آن ادعای اجماع شده است، ایفای شرط از سوی مشروط علیه دارای جنبه تکلیفی است و در صورت امتناع وی از اجرای تعهد و شرط،

برای متعهدله و مشروطله، چاره‌ای جز توسل به اجبار به انجام دادن آن وجود ندارد (جزیری ۱۴۲۴: ج ۲، ۱۵۴؛ زحیلی ۲۰۰۸: ج ۴، ۱۳۱؛ موسوی بجنوردی ۱۴۱۹: ج ۳، ۱۹۵؛ جعبی عاملی ۱۴۱۰: ج ۳، ۲۷۴؛ نجفی ۱۳۶۵: ج ۲۳، ۱۲۸). در این مورد به قاعده الحاکم ولی الممتنع و لحن آمرانه آیه یادشده و حدیث نبوی<sup>(ص)</sup> استناد شده است (انصاری ۱۳۷۵ ق: ۲۸۵). برخی شارحان قانون مدنی نیز به پیروی از دیدگاه مشهور بر تقدم اجبار بدهکار به اجرای تعهد اصرار دارند (امامی ۱۳۷۲: ج ۱، ۲۸۹۰؛ کاتوزیان ۱۳۸۹: ۳۰۶). با این حال، اصرار بر لزوم اجرای اجباری تعهد پیش از متعذر شدن از اجرای آن و ثبوت وقوع ضرر بدون در نظر گرفتن توازن میان سود و زیان ناشی از چنین اقدامی با حکمت تشریح و سیره عقلا سازگاری ندارد. شاید به همین دلیل نویسندگان قانون مدنی، که از مشکلات احتمالی اصرار بر اجرای اجباری اطلاع داشتند، ضمن خودداری از ارائه مبنای واحدی در این مورد، از یک سو در مواد ۲۴۳ و ۳۷۹ و ۴۹۶ قانون مدنی در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهد برای بستانکار حق فسخ قائل شدند و از سوی دیگر مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی را به گونه‌ای تنظیم کردند که از آن اختیار بستانکار و دادگاه در انتخاب میان اجرای اجباری تعهد و فسخ بیشتر از الزام به اجرای اجباری آن قابل استنباط است. برای تبیین امکان پذیرش صلاحدید قضایی در خودداری از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد باید مشخص کرد که اساساً خاستگاه قاعده اجرای اجباری تعهد چیست و به عبارت بهتر قاعده‌ای ماهوی یا مربوط به آیین دادرسی است.

### خاستگاه قاعده اجرای اجباری تعهد

از آنجا که صلاحدید قضایی به اعمال نظر دادگاه در اداره دادرسی مرتبط می‌نماید، مسئله مهمی که در نظام‌های حقوقی هلند و ایران رگه‌هایی از آن را می‌توان مشاهده کرد این است که اساساً آیا الزام بدهکار به اجرای تعهد امری ماهوی و حقی برای بستانکار است یا قاعده‌ای است که به آیین دادرسی و مآلاً به صلاحدید قضایی مربوط می‌شود. هرچند پاسخ قاطع به چنین پرسشی بسیار دشوار می‌نماید، طرح آن به‌تنهایی می‌تواند فروغ تازه‌ای بر این نقطه تاریک و مبهم بتاباند.

### اجرای اجباری تعهد به عنوان قاعدهٔ مربوط به آیین دادرسی

با اینکه اغلب کشورهای اروپایی از گذشته‌های دور حق اجرای اجباری تعهد را به مثابهٔ جبران اصلی عدم اجرای آن از سوی بدهکار شناخته بودند و کتاب ششم حقوق مدنی هلند نیز شامل مقرراتی در خصوص اعطای حق ماهوی به بستانکار برای جبران خسارت و حق فسخ قرارداد در صورت نقض است، قانون‌گذار این کشور درصدد اعلام حکمی صریح در مورد اعطای حق ماهوی اجرای اجباری تعهد به بستانکار نبوده است. زیرا این حق به منزلهٔ یک ویژگی اساسی خود قرارداد در نظر گرفته می‌شود و با این پیش‌فرض برخی نویسندگان حقوق مدنی هلند امکان پیدا کردن حق ماهوی برای اجرای اجباری تعهد در کتاب ششم قانون مدنی آن کشور را به دیدهٔ تردید می‌نگرند و آنچه را در مادهٔ ۲۹۶: ۳ قانون مدنی آن کشور ذکر شده است نه به مثابهٔ اعطای حق ماهوی برای اجرای اجباری تعهد به بستانکار بلکه صرفاً بیانگر صلاحیت مربوط به آیین دادرسی در این موضوع تلقی می‌کنند (Smits 2014: 17; Stolp 2007: 186). این در حالی است که وجود یک مقررۀ موضوعهٔ صریح در کتاب ششم قانون مدنی، که حق اجرای اجباری تعهد را اعطا کند، انسجام جبران‌های قانونی در حقوق هلند را بهبود می‌بخشد و می‌تواند برای موارد اصل اولویت اجرای قرارداد و همچنین موجبات هم‌سو کردن حقوق هلند با سایر سیستم‌های حقوق موضوعهٔ اروپای قاره‌ای مبنای قانونی فراهم سازد (Haas 2009: 338). در حقوق هلند، بستانکار پیش از اینکه بتواند خسارت انجام ندادن تعهد را مطالبه یا قرارداد را فسخ کند باید مهلت معقولی برای انجام دادن تعهد بدهکار بدهد. چنین کاری، به عنوان الزام قانونی، از طریق ارسال اعلامیهٔ مکتوب، خطاب به بدهکار، صورت می‌پذیرد و به موجب آن بستانکار توجه او را به تعهدی که باید اجرا شود جلب می‌کند و به منظور رهایی از قید تعهد فرصت بیشتری را برای اجرای قرارداد فراهم می‌آورد (Van den merwe 2014: 54).

هرگاه اجرا هنوز امکان‌پذیر باشد، بستانکار باید پیش از آنکه حق جبران خسارت و فسخ به وجود آید طرف مقابل خود را از وضعیت عدم اجرا مطلع کند. بستانکار فقط در مواردی می‌تواند به جبران خسارت یا فسخ متوسل شود که بدهکار با وجود سپری شدن مهلت اخطار تعهد را انجام نمی‌دهد. البته هرگاه طرفین تاریخ اجرا را تعیین کرده باشند شرط اخطار کتبی قابل اجرا

نخواهد بود بلکه انجام ندادن تا آن تاریخ به بستانکار اجازه می‌دهد خسارت خود را مطالبه یا قرارداد را فسخ کند (Haas & Jansen 2008: 13). این روش اطلاع پیش‌فرض بودن اولویت اجباری تعهد در سلسله مراتب جبران‌های قراردادی در حقوق هلند را نشان می‌دهد. بستانکاری که اجرای اجباری تعهد را مطالبه می‌کند فقط لازم است اعلام کند که قرارداد وجود دارد. تعهدی برای طرف مقابل از آن ناشی می‌شود و تعهد منقضی می‌شود و قابل پرداخت است. اگر بستانکار به طرف مقابل خود بی‌توجه باشد و بدون ارسال اعلامیه تقاضای اجرای اجباری تعهد کند، دادگاه قرار رد درخواست اجرا را صادر می‌کند. اما هرگاه بدهکار در حین رسیدگی تمایل به اجرا را نشان دهد می‌تواند بستانکار را ملزم به پرداخت هزینه‌های دادرسی کند. بدهکار در مقابل ادعای جبران خسارت می‌تواند با استناد به قوه قاهره و در برابر دعوی اجرا با استناد به عدم امکان اجرا از خود دفاع کند. علاوه بر این، او می‌تواند با اتکا به اینکه اگرچه بستانکار معقول است، نتوانسته است با توجه به منافع بدهکار عمل کند، دعوی اجرای اجباری تعهد را خنثی سازد (Haas 2009: 223).

از ماده ۲۳۷ قانون مدنی ایران استنباط می‌شود که قانون‌گذار برای بستانکار حق ماهوی در خصوص اجرای اجباری قائل شده است؛ اگرچه واژه «می‌تواند» در ماده یادشده حاکی از آن است که او میان درخواست صدور حکم به اجرای اجباری و جبران خسارت یا فسخ مخیر است. با این حال، آیینی بودن اجرای اجباری تعهد نیز در قوانین موضوعه ایران از جمله مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ مورد توجه واقع شده بود. با اینکه عبارت عنوان باب دهم آیین دادرسی مدنی قبلی (خسارت و اجبار به انجام تعهد) عیناً در باب نهم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ تکرار شده است، قانون اخیر مقررۀ مشابهی با دو ماده یادشده درباره اجبار متعهد به انجام دادن تعهد ندارد. منتها با توجه به چگونگی انشای ماده ۵۲۹ قانون اخیر، برخی بر آن‌اند که همه مقررات قانون آیین دادرسی مدنی قبلی و از جمله دو ماده ۷۲۹ و ۷۳۰ به استناد ماده فوق باید منسوخ تلقی شود. زیرا، صرف‌نظر از اینکه مطابق قواعد اصولی و ادبی قیدی که پس از ذکر عناوین متعدد آورده می‌شود هرگاه قرینه‌ای آن را منصرف به همه عناوین نسازد باید به آخرین عنوان نسبت داده شود، در ماده ۵۲۹ یادشده

هیچ‌گونه نشانه‌ای که موجب ارتباط قید «در موارد مغایر» به همه مقررات یادشده باشد مشاهده نمی‌شود (شهیدی ۱۳۹۵: ج ۳، ۱۸۷). با این حال، از سیاق ماده ۵۲۹ در ذهن القا می‌شود که قید «مغایر» مربوط به همه مقررات یادشده در این ماده است و در نتیجه صرفاً مقرراتی از قانون آیین دادرسی مدنی قبلی، که مغایر با قانون آیین دادرسی مدنی کنونی است و نه همه مقررات آن، ملغی شده است. بنابراین مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی، که مغایرتی با قانون جدید ندارد، به اعتبار خود باقی است. برخی بر آن‌اند که اگرچه تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی به دلیل رعایت اختصارنویسی عین ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ را قید نکرد، ذکر آن در ماده ۴۷ موجب می‌شود که ماده یادشده یکی از ابواب جمعی قانون اجرای احکام مدنی محسوب شود؛ به گونه‌ای که انگار عین ماده یادشده وجود دارد (شمس ۱۳۸۰: ۵۱). به نظر می‌رسد از آنجا که قانون جدید آیین دادرسی مدنی درباره اجبار به انجام دادن تعهد حکمی ندارد نمی‌تواند با قانون قبلی به این لحاظ مغایرتی داشته باشد تا لغو آن صرفاً بر اساس ماده ۵۲۹ یادشده قابل توجیه باشد. مورد دیگر قید «حاکم می‌تواند» در ماده ۲۳۸ قانون مدنی است که تجویز واگذاری اجرای اجباری تعهد از سوی ثالث مطرح می‌شود.

هیچ‌یک از مواد فوق، حتی اگر با اغماض بیانگر پذیرش وجود صلاحدید قضایی در واگذاری اجرای اجباری به شخصی غیر از بدهکار باشد، دلالتی بر پذیرش چنین صلاحیدی در خودداری دادگاه از صدور دستور اجرای اجباری ندارد. علاوه بر این، ماده ۲۲۱ قانون مدنی در مورد انجام ندادن تعهد به ذکر لزوم جبران خسارت از سوی متخلف به عنوان ضمانت اجرا اکتفا کرده و در مورد حق متعهدله به اجرای اجباری تعهد سکوت اختیار کرده است. در ماده ۲۲۲ قانون مدنی، اجرای تعهد از سوی متعهدله با رعایت ماده ۲۲۱ یادشده با هزینه متعهد به صلاحدید دادگاه واگذار شده است. مضاف بر این، قانون‌گذار در ماده ۲۷۷ قانون مدنی تعیین زمان اجرا را در اختیار دادگاه قرار داده است.

### اجرای اجباری تعهد به عنوان قاعده‌ای ماهوی

در صورتی که اجرای اجباری تعهد قاعده‌ای ماهوی محسوب شود، این سؤال قابل طرح است که چنین الزامی از خود قرارداد یا از نقض آن ناشی می‌شود؟



### اجرای اجباری تعهد ناشی از قرارداد

مطابق برخی دیدگاه‌ها، همانند رویکرد حقوق آلمان در حقوق هلند، حق اجرای اجباری تعهد نه از نقض قرارداد بلکه مستقیماً از خود قرارداد ناشی می‌شود و معمولاً کمترین واکنش در برابر تخلف از مفاد قرارداد تلقی می‌شود. زیرا خواننده فقط باید همان کاری را انجام دهد که واقعاً از طریق قرارداد مورد توافق قرار گرفته بود. به همین جهت، سخن گفتن از حق اجرای اجباری تعهد، به عنوان روشی جبرانی، نمی‌تواند دقیقاً صحیح باشد؛ بلکه ادامه چیزی است که در لحظه وقوع تعهد لازم الاجرا و قابل پرداخت شده است. این امر موقعیت مهم اجرای اجباری تعهد را در نظام حقوقی هلند در مقایسه با نظام حقوقی کامن لا نشان می‌دهد (Smits 2014: 17; Haas 2009: 15).

این موقعیت برجسته را می‌توان به اصل «قرارداد باید نگهداری شود» منتسب کرد و آن را ناشی از خود قرارداد دانست. از این گذشته، ماده ۲۹۶: ۳ قانون مدنی هلند پیش‌بینی کرده است که هرگاه قانون، ماهیت تعهد، یا عمل قضایی به نحو دیگری مقرر نکند دادگاه به تقاضای بستانکار دستور اجرای چنین تعهدی را به شخصی که به دیگری بدهکار است می‌دهد (Van den merwe 2014: 53-55). ناشی شدن اجرای اجباری تعهد از خود عقد و نه از نقض آن، علاوه بر اینکه از ماده ۲۲۰ قانون مدنی قابل استنباط می‌نماید، برخی نویسندگان حقوق مدنی نیز آن را در کنار اجرای داوطلبانه آن مورد بررسی قرار داده‌اند (کاتوزیان ۱۳۷۶: ج ۴، ۱۴۵). در این مورد، علاوه بر عموماً فقهی، مانند «اوفوا بالعقود» و بنای عقلا، استصحاب نیز مورد استناد قرار گرفته است. بدین معنی، هرگاه در بقای اثر عقد تردید شود مقتضای استصحاب بقای آن است (شهیدی ۱۳۸۵: ۲۶۱) و آیه یادشده ظهور در منع بلااجرا گذاردن تعهدات ناشی از عقد و عدم امکان فسخ آن و وجوب مطلق بر اجرای تعهد دارد.

### اجرای اجباری تعهد، ناشی از نقض قرارداد

معمولاً درخواست اجرای اجباری تعهد از سوی یک طرف قرارداد زمانی مطرح می‌شود که به زعم او طرف دیگر آن را نقض کرده باشد. تأخر زمانی درخواست اجرای اجباری تعهد، نسبت به نقض آن، ممکن است موجب شود که عده‌ای حق اجرای اجباری تعهد را ناشی از نقض آن تصور کنند و آن را به مثابه ابزاری در جعبه ابزارهای جبرانی بستانکار به شمار آورند؛ به عبارت دیگر، روش‌های

جبرانی به لحاظ رتبه، در کنار صدور حکم به جبران خسارت و فسخ، مقسم اجرای اجباری تعهد محسوب شوند نه قسیم آن. با این حال در حقوق مدنی هلند دیدگاهی نظام‌مند وجود دارد که بر جلوگیری از اقدامات جبرانی خشن در مراحل اولیه نقض متمرکز است. هدف این نظام ترمیم نقض قرارداد به گونه‌ای است که گویی در وهله اول مشکلی وجود ندارد (Smits 2014: 17-18).

در این صورت، بدهکار نیز در مقایسه با درخواست اجرای اجباری تعهد دفاع‌های بیشتری دارد؛ چنان که می‌تواند بی‌اهمیت بودن عدم اجرای تعهد را در برابر دعوی خسارت و دعوای فسخ قرارداد توسط بستانکار مطرح کند (Van den merwe 2014: 55; Haas & Jansen 2008: 12). این در حالی است که چنین دفاعی، مطابق ماده ۲۶۵:۶ قانون مدنی هلند، در برابر دعوای اجرای اجباری تعهد مؤثر نیست. بنابراین، سلسله مراتب جبران‌ها ستون فقرات این نظام را، که به ترتیب از جبران‌های با خشونت کمتر شروع و سپس با جبران‌های تحمیل‌کننده‌تر ادامه می‌یابد، تشکیل می‌دهد (Smits 2014: 18). با این حال، در مواردی که تعهد دارای ماهیت کاملاً شخصی باشد، بر اساس اصل لاتینی «هیچ‌کس را نمی‌توان به انجام کاری مجبور کرد»، حکمی برای اجرای اجباری تعهد داده نمی‌شود. با اینکه برخی نویسندگان حقوق مدنی ایران صرفاً فسخ عقد و مطالبه خسارت را به عنوان روش‌های جبرانی در ذیل مسئولیت ناشی از عهدشکنی بررسی کرده‌اند (کاتوزیان ۱۳۷۶: ج ۴، ۱۴۶ - ۲۹۰)، مطالبه اجرای اجباری تعهد به عنوان روشی جبرانی در کنار آن‌ها مطرح شده است (شهیدی و مهدی ۱۳۸۹: ۱۴۸).

چنین دیدگاهی در صورتی قابل درک است که درخواست اجرای اجباری از نقض قرارداد ناشی شود نه از اصل آن. در این صورت، ملزم بودن یک طرف به اجرای اجباری نه یک تعهد قراردادی بلکه مسئولیتی برآمده از عدم اجرای آن است. با اینکه مسئولیت به لحاظ رتبی و زمانی مؤخر بر عدم انجام دادن تعهد است و از این جهت می‌توان درخواست اجرای اجباری تعهد را، که تعهد به اجرای مفاد قرارداد است، ناشی از قرارداد دانست، ماده ۲۳۷ قانون مدنی به گونه‌ای تنظیم شده است که گویی حق بستانکار بر الزام بدهکار به اجرای اجباری تعهد از نقض شرط ناشی شده است نه از خود شرط.

### مبانی صلاحیت قضایی در خودداری از اجرای اجباری در حقوق هلند

با اینکه جبران‌های کمتر سختگیرانه مبنای اخلاقی اصل اولویت اجرای قرارداد در دکتین حقوقی هلند را نشان می‌دهد (Haas & Jansen 2008:15; Smits 2014: 18)، در قانون مدنی آن کشور مبانی اجرای اجباری تعهد بر دو اصل متناسب بودن و علی البدلی بودن مبتنی است که در انتخاب روش جبرانی محدودیت‌هایی ایجاد می‌کند:

#### اصل علی البدلی بودن

با اینکه مطابق رأی سال ۱۹۵۶ هرگاه همه شرایط برای پذیرش دعوی اجرای اجباری تعهد فراهم شده باشد دادگاه‌های هلند اختیار خودداری از صدور چنین دستوری را ندارند، هزینه‌های زیاد اجرای اجباری تعهد موجب شده است دادگاه عالی هلند<sup>۱</sup> رهنمودهایی را در مورد حدود امکان چنین درخواستی ارائه دهد. در پرونده<sup>۲</sup> Multi-Vastgoed vs. Nethou ساختمانی با نمای فلزی شروع به خوردگی می‌کند. سازنده پیشنهاد می‌دهد صفحات خورده‌شده را، که در موقعیت برجسته نما قرار دارند، جایگزین کند و بقیه مواد را با یک ماده شیمیایی جلا دهد که از خوردگی بیشتر جلوگیری شود. این گزینه به طور قابل توجهی ارزان‌تر از یک جایگزین کامل است. با این حال، خواهان به این موضوع رضایت نمی‌دهد و خواستار تعویض کامل نمای فلزی می‌شود. اگرچه دادگاه‌ها از نظر تاریخی در صورت درخواست اجرای اجباری تعهد از سوی خواهان هیچ‌گونه اختیاری برای صدور دستور جبران خسارت ندارند، دادگاه عالی مقرر می‌کند هرگاه هزینه‌های اجرای اجباری تعهد به طور نامتناسبی زیاد باشد اصول حسن نیت و معامله عادلانه به خواهان اجازه نمی‌دهد یکی از روش‌های جبران خسارت یا اجرای اجباری را انتخاب کند. دادگاه عالی معیار علی البدلی بودن را، که اساساً تعادل منافع طرفین است، به عنوان ملاکی قابل انعطاف برای صدور دستور اجرای اجباری واقعی و بالفعل بیان می‌کند (Visscher 2007: 5) و توازن منافع را به منافع طرف متخلف نیز تعمیم می‌دهد. این پرونده می‌تواند یک تغییر در سلسله مراتب جبران‌ها تلقی شود و همانند رویکرد حقوق انگلیس، در صورت ناکافی بودن خسارت، اجرای اجباری

1. Hoge Raad

2. Multi-Vastgoed vs Nethou, HR 5 January 2001, NJ 2001, 79.

تعهد را در مرتبه دوم قرار دهد (Haas & Jansen 2008: 20). زیرا هرگاه طرف متخلف به خودداری از انجام دادن کار ادامه دهد ممکن است هزینه‌های اجرای اجباری تعهد در مقایسه با مطالبه خسارت بسیار زیاد باشد. در این صورت، نوعی مجازات مالی برای بازپرداخت ضرر و زبانی که طرف غیرمتخلف متحمل شده است ترجیح می‌یابد (Smits 2014: 21).

### اصل متناسب بودن

مطابق اصل متناسب بودن، سودی که جبران مورد انتخاب برای خواهان به همراه دارد باید با ضرری که خواننده متحمل می‌شود منطبق باشد و نمی‌تواند برخلاف اصول کلی حسن نیت و معاملات منصفانه باشد. دیوان عالی هلند در رأی فوق تأکید کرد که تصمیم‌گیری در مورد چنین دعوایی به احراز توازن میان منافع متقابل دو طرف دعوا نیاز دارد. از این رو، دادگاه می‌تواند در هر جایی که قرارداد برای بدهکار بسیار نابرابر و غیرمنطقی باشد از اجرای آن خودداری کند. با این حال، اجرای اجباری همچنان جبران اصلی نقض است و دادگاه صرفاً در شرایط استثنایی می‌تواند از این اصل صرف‌نظر کند. ظاهراً قانون‌گذار هلند به گونه‌ای نشان می‌دهد که قصد دارد برای آخرین بار فرصت اجرا را برای خواننده فراهم آورد. اصل تناسب باید در موقعیت‌هایی که اجرای اجباری جبرانی است که قانون ترجیح می‌دهد در نظر گرفته شود. در صورت پاسخ منفی به این معیار تناسب، این امر به عدم امکان نسبی اجرای اجباری تعهد (و گویا غیرممکن) منجر می‌شود و طرف غیرمتخلف را مجبور به انتخاب راه‌حلی متفاوت می‌کند (Stolp 2007: 242). بنابراین، سؤال اصلی این است که چه زمانی اجرای اجباری تعهد آن قدر برای بدهکار زیان‌آور است که بتوان او را از چنین تکلیفی معاف کرد؟

برای حل این مسئله، ابزار تعادلی در بند ۶-۳ دستورالعمل معروف به ۱۳۰ درصد به منظور مشخص کردن حدود حق اجرای اجباری تعهد پیشنهاد شده است. بر این اساس، بدهکار فقط در صورتی از تکلیف اجرای اجباری تعهد رها می‌شود که هزینه‌های آن بالاتر از ۱۳۰ درصد سود عینی‌سازی شده بستانکار باشد. این نقطه برش ۱۳۰ درصد و اندازه‌گیری مقایسه‌ای سود عینی‌سازی شده بستانکار اجازه می‌دهد تا معیار معقولیت، که معیارهای باز بر آن استوار است، مشخص شود (Haas 2009: 241). برای تعیین سود عینی‌سازی شده بستانکار ارزش بازاری اجرای

اجباری تعهد و دامنه فرضی خسارت جایگزین اهمیت دارد. نقش عینی‌سازی دستورالعمل ۱۳۰ درصد توسط دو دسته استثنا متعادل می‌شود که انعطاف‌پذیری لازم را در معادله فراهم می‌کند: نخست اینکه هرگاه احتمال قادر نبودن بدهکار به انجام تعهد، به طور قابل پیش‌بینی زیاد باشد و یا ناتوانی در اجرا به تنهایی منجر به کاهش حداقلی در ارزش می‌شود، اجرای اجباری تعهد، ناکارآمد است. دوم اینکه هرگاه به‌رغم بالاتر بودن هزینه‌های اجرای اجباری تعهد از ۱۳۰ درصد از سود عینی‌سازی شده بستانکار جایگزین معقولی وجود نداشته باشد بستانکار می‌تواند هدف قراردادی خود را از طریق اجرای اجباری پیگیری کند (Haas 2009: 242).

### اصل حسن نیت

حسن نیت<sup>۱</sup>، که مجرای اخلاق در قواعد حقوق اروپای قاره‌ای محسوب می‌شود، به معنای وسیع کلمه به صداقت و رفتار بدون سوء نیت یا تمایل به زیان زدن به دیگری تعبیر شده است. به لحاظ تئوری، قانون‌گذار هلند گزینه‌ای را برای دور زدن تقاضای اجرای اجباری تعهد فراهم کرده است؛ بدین صورت که هرگاه هزینه‌های طرفی که مجبور است عیناً تعهد خود را انجام دهد به طور نامتناسبی زیاد باشد اجرای اجباری تعهد برخلاف حسن نیت تلقی می‌شود (Wijck 2007: 46, 1).

### مبانی صلاحدید قضایی در خودداری از اجرای اجباری در حقوق ایران

به‌رغم ظاهر غیرمنعطف برخی نصوص شرعی و قانونی، مطابق قواعد بالادستی در حقوق ایران، دادگاه می‌تواند در مواردی از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد خودداری ورزد:

### قواعد لاجرح و لاضرر

واژه عسر و حرج در معنای سخت، دشوار، تنگی و تنگنا، و ... است (نراقی ۱۴۲۹: ۱؛ صفی‌پور ۱۲۹۷ ق: ۲۳۴) و در قرآن کریم نیز عسر (طلاق/ ۷؛ بقره/ ۱۸۵) و حرج (حج/ ۷۸؛ مائده/ ۶) به همین معنا به کار رفته است. منظور از قاعده نفی عسر و حرج عدم تکلیف به امری است که موجب ضیق و مشقت است (مکارم شیرازی ۱۳۸۵: ج ۱، ۱۶۰). مطابق قاعده یادشده، شارع مقدس حکمی که مستلزم تکلیف به ما لایطاق باشد تشریح نکرده و هر حکمی که موجبات استیصال و مشقت را

فراهم آورد رفع می‌شود (موسوی بجنوردی ۱۳۸۵: ج ۱، ۳۷۵). با این حال به نظر می‌رسد منظور از تکلیف موجب عسر و حرج تکلیف به ما لایطاق نیست که بر اساس عقل و عادت قابل انجام دادن نباشد بلکه تکلیفی است که مکلف اگرچه توان انجام دادن آن را دارد، بر اساس عادت، برای وی قابل تحمل نیست (محقق داماد ۱۳۸۰: ۸۱). علاوه بر این، مطابق دیدگاه مشهور، هرگاه اجرای حکم شارع ضرری متوجه شخصی کند آن حکم برداشته می‌شود؛ چنان که هرگاه از حکم به اجرای اجباری تعهد ضرری متوجه بستانکار یا بدهکار شود لزوم اجرا منتفی می‌شود و توسل به هر آنچه بدیل حکم باشد مجاز اعلام می‌شود. البته تا زمانی که اجرای اجباری تعهد امکان داشته باشد از آنجا که ضرری متوجه بستانکار نیست استناد وی به قاعده فوق برای رجوع به روش‌های جبرانی موضوعیت نمی‌یابد. هرگاه اجرای اجباری تعهد مستلزم ایراد ضرر متعارف به بدهکار باشد، از آنجا که هزینه اجرای تعهد بر عهده اوست، وی نمی‌تواند از اجرای تعهد شانه خالی کند. با این حال، هرگاه اجرای اجباری تعهد موجبات ایراد ضرر نامتعارف به بدهکار را فراهم آورد وی می‌تواند با استناد به قاعده لاضرر مانع صدور حکم به اجرای اجباری تعهد شود.

### منع سوءاستفاده حق

ماده ۲ قانون تعهدات سوئیس سوءاستفاده از حق را، که به مثابه اصل کلی بر حقوق مدنی به طور کلی حاکم است، منع می‌کند (داوید و ژوفره اسپینوزی ۱۳۸۹: ۱۴۳). علاوه بر این، بر اساس ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه، در صورتی که اجرای اجباری تعهد غیرممکن باشد یا درخواست آن منجر به سوءاستفاده از حق شود، بستانکار حقی بر آن ندارد.<sup>۱</sup> از آنجا که مفاد هر حقی کم‌وبیش به مبانی اجتماعی آن محدود می‌شود و صاحب حق نمی‌تواند آن را به گونه‌ای به کار برد که موجب وارد شدن زیان ناروا به دیگری شود (کاتوزیان ۱۳۶۹: ۲۰۳) دادگاه می‌تواند به استناد آن از صدور حکم به اجرای اجباری امتناع کند.

### استصلاح

استصلاح، که مطابق قواعد فقهی و اصولی مصالح مرسله نامیده می‌شود، منافعی است که در شرع

1. Article 1142 C.c. reads: Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur

دلیلی بر اعتبار یا بی اعتباری آن نرسیده است. اگرچه عده‌ای با اغراق حجیت آن را در معاملات به طور مطلق پذیرفته و حتی در صورت تعارض آن با نصوص و عدم امکان جمع میان آن‌ها مصلحت مرسله را مقدم داشته‌اند، برخی آن را فقط در چهارچوب عمومات شریعت، که دلالت بر نفی عسر و حرج و ضرر و ... دارد، پذیرفته‌اند. با اینکه اکثر علمای اهل سنت و از جمله رهبران مذهب مالکی و حنبلی توسل به آن را به طور مشروط قبول کرده‌اند و صرفاً در موارد فقدان نص و اجماع راهی شرعی برای استنباط حکم به شمار آورده‌اند و فقهای حنفی نیز آن را به طور مطلق مردود و بدعت در دین اعلام کرده‌اند (افشین و همکاران ۱۳۹۹: ۵)، هرگاه مصلحت، ضروری و قطعی و کلی باشد، مجاز شمرده است (غزالی ۱۴۱۳: ج ۱، ۲۹۶). نظر برخی فقهای امامیه نیز، که البته بر روایات خاص در این زمینه (و نه بر مصلحت) مبتنی است، مؤید چنین دیدگاهی است (مکارم شیرازی ۱۳۸۲: ۲، ۵۴۱). یکی از موارد کاربرد مورد اتفاق مصالح مرسله در فقه جایی است که شارع عمل مکلف را همراه با رعایت مصالح مربوط درخواست می‌کند (افشین و همکاران ۱۳۹۹: ۱۵). در این مورد به روایتی از پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> مبنی بر سفارش به پرهیز از آنچه مردم را از بهشت دور می‌کند و انجام دادن آنچه آن‌ها را به بهشت نزدیک می‌سازد استناد شده است (حر عاملی، بی تا: ج ۱۲، ۲۷). از این رو، تصرف وکیل در موضوع وکالت یا برخی تصرفات متولی در امور موقوفه به رعایت مصلحت موکل و موقوفه مقید شده است (ابویی مهریزی ۱۳۸۸: ۷). هرچند در قوانین موضوعه نصی در مورد امکان اعمال صلاحدید قضایی درباره موضوعات مطرح نزد دادگاه دیده نمی‌شود، فقدان نص به تنهایی به معنای عدم امکان پذیرش آن در این مورد نخواهد بود؛ چنان که در حقوق مدنی ایران در مواردی که اجرای قانون از سوی قضات به بی‌عدالتی منتهی می‌شود بر لزوم به‌کارگیری «عدالت قضایی» تأکید شده است (کاتوزیان ۱۳۷۸: ۵).

### نتیجه

۱. اگرچه اجرای اجباری تعهد در قوانین موضوعه هلند گنجانده نشده است، در دکترین حقوق قراردادهای این کشور اصل اولویت اجرای قرارداد نقشی معادل قاعده لزوم وفای به عهد در نظام حقوقی ایران دارد. با این حال، مطابق رأی دیوان عالی این کشور، دادگاه می‌تواند در صورت احراز امکان‌ناپذیری نسبی بر اساس صلاحدید خود از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد

خودداری و ابزار جبرانی متناسب را برای حفظ حقوق و منافع طرفین بر بستانکار تحمیل کند. در حقوق ایران، حسب تعریف مشهور، عدول از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد و توسل به روش‌های جبرانی مستلزم احراز امکان‌ناپذیری مطلق است که از ارزش‌های بنیادین اخلاقی الهام گرفته است.

۲. به‌رغم وجود اصل اولویت اجرای قرارداد در آموزه‌های حقوقی هلند و تلقی ناشی شدن آن از خود قرارداد، در حقوق موضوعه این کشور اجرای اجباری تعهد برآمده از آیین دادرسی و ناشی از نقض قرارداد است و در کنار جبران خسارت و فسخ یکی از ابزارهای جبرانی محسوب می‌شود؛ بدین معنی امکان اجرای اجباری تعهد امتیازی است که دادگاه در صورت صلاحدید آن را به بستانکار اعطا می‌کند، نه اینکه حقی ذاتی برای او تلقی شود. با اینکه مقررات حقوق مدنی ایران هماهنگ با نظر مشهور فقها در مورد تلقی اجرای اجباری تعهد به عنوان حق ماهوی برای بستانکار ظاهراً صراحت دارد، دقت در برخی الفاظ و عبارات قانون تلقی آن را به منزله امری مربوط به آیین دادرسی و امکان مداخله دادگاه در موارد لزوم و خودداری از صدور چنین حکمی تداعی می‌کند.

۳. در حقوق هلند، دادگاه صرفاً پس از اطمینان از اینکه صدور حکم به جبران خسارت و فسخ زیان‌های وارد به بستانکار را جبران نمی‌کند و میان منافی که او از اجرای اجباری تعهد می‌برد و زیان‌هایی که از این طریق به بدهکار می‌رسد توازن وجود دارد، چنین دستوری را صادر می‌کند. در این صورت، اجرای اجباری تعهد یک روش جبران نقض قرارداد محسوب می‌شود. پذیرش دو قاعده لاجرح و لاضرر و همچنین استصلاح در متون فقهی و منع سوءاستفاده از حق در حقوق ایران نیز مانع از این می‌شود که دادگاه، ولو اینکه اجرای اجباری تعهد با هزینه غیرمتعارف در عمل ممکن باشد، به استناد حق ذاتی بستانکار به اجرای اجباری تعهد و عدم وجود تعذر نسبت به آن حکم صادر کند.



## منابع

- ابویی مهریزی، حسین (۱۳۸۸). «استصلاح ضابطه‌مند، نیاز ضروری فقه اسلامی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، د ۱، ش ۱، ص ۷ - ۲۵.
- افشین، خدیجه؛ امیرحمزه سالارزائی؛ محمدرضا کیخا (۱۳۹۹). «سنجش انطباق احکام حکومتی با مصالح مرسله در فقه مقارن»، فقه مقارن، د ۸، ش ۱۵، ص ۵ - ۳۵.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲). حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامییه.
- انصاری، مرتضی (۱۳۷۵ ق). کتاب المکاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات.
- بادینی، حسن؛ فرناز فروزان‌پور حسینی (۱۳۹۱). «نگرشی تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد (در حقوق آلمان و ایران)»، مطالعات حقوقی (دانشگاه شیراز)، د ۱۰، ش ۲۷، بهار، ص ۳۷ - ۵۹.
- جزیری، عبدالرحمان (۱۴۲۴ ق). الفقه علی مذاهب الأربعة، بیروت، دارالکتب، ج ۲.
- جعبی عاملی، زین‌الدین بن نورالدین (۱۳۰۸ ق). روضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، تهران، عبدالرحیم، ج ۲.
- حرعاملی، محمد بن حسن (بی تا). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل‌البتیت لإحیاء التراث.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ق). تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البتیت لإحیاء التراث، ج ۱۰.
- داوید، رنه؛ کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۸۹). درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص: سید حسین صفایی، تهران، نشر دادگستر.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳). لغتنامه، تهران، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ج ۹.
- زحیلی، وهبه (۲۰۰۸). الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دار الفکر، ج ۴.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵). حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، مجمع علمی - فرهنگی مجد، ج ۳.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). حقوق مدنی ۳، تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۰). تقریرات آیین دادرسی مدنی ۳، تهران، دانشکده حقوق شهید بهشتی.
- صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸). «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، مطالعات

- حقوق خصوصی، د ۳۹، ش ۴، ص ۲۹۷ - ۳۱۴.
- صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم (۱۲۹۷). *منتهی الارب فی لغه العرب*، تهران، بی نا، ج ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ج ۴.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). *اعمال حقوقی - ایقاع*، تهران، انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸). *عدالت قضایی گزیده آرا*، تهران، دادگستر.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۶۹). *ضمان قهری - مسئولیت مدنی*، تهران، انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- غزالی، محمد بن محمد (۱۴۱۳). *المستصفی من علم الاصول*، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- طوسی، محمدحسین (۱۳۸۷). *المبسوط فی الفقه الامامیه*، المکتبه المرتضویه، ج ۲.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۰). *قواعد فقه، بخش مدنی ۲*، تهران، سمت.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸). *قواعد فقه، بخش مدنی ۱*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲). *انوار الاصول*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵). *القواعد الفقهیه*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- مکی عاملی، محمد بن جمال الدین (۱۴۱۷). *الدروس الشرعیه فی الفقه الامامیه*، قم، انتشارات اسلامی، ج ۳.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳). *اللمعه الدمشقیه*، قم، منشورات دار الفکر.
- موسوی (امام خمینی)، سیدروح الله، (۱۳۶۸)، کتاب البیع، قم: اسماعیلیان، ج ۵.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹). *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ج ۳ و ۵.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵). *قواعد فقهیه*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب، ج ۲۳.
- نراقی، احمد بن مهدی (۱۴۲۱). *عواید الایام*، به کوشش ابوطالب نایینی، بی نا.

## References

- Abou Mehri, H. (2009). "Disciplined Correction, the Essential Need of Islamic Jurisprudence", *Two quarterly Journals of Jurisprudence and Principles of Islamic Law*, 1(1), pp. 7-25. (in Persian)
- Afshin, Kh., Salarzaei, A. H., & Kikha, M.D R. (2016). "Assessing the Conformity of Government Decrees with the Submissions in Contemporary Jurisprudence", *Bi-Quarterly Journal of Contemporary Jurisprudence*, 8(15), pp. 5-35. (in Persian)
- Ansari, M. (1956). *Kitab al-Makasib*, Tabriz, Ettelaat Press. (in Arabic)

- Badini, H. & Forouzanpour Hosseini, F. (2012). "An Analytical Approach to the Possibility of Terminating a Contract Despite the Possible Fulfillment of the Same Obligation (in German and Iranian Law)", *Shiraz University Legal Studies Quarterly*, 10(1), pp. 37-59. (in Persian)
- David, R. & Joufre Spinoza, K. (2010). *An Introduction to Comparative Law and the Two Great Contemporary Legal Systems*, translated and summarized by S. H. Safaei, Tehran, Dadgostar Publishing.
- Dehkhoda, A.A. (1994). *Dictionary*, Tehran, University Printing and Publishing Institute, Vol. 9. (in Persian)
- Ford, C. A. (1994). *Judicial Discretion in International Jurisprudence: Article 38(1)(C) and General Principles of Law*. (in English)
- Ghazali, M. (1993). *Al-Mustasfi from the Science of Osoul*, Beirut, Dar al-Kitab al-Almiya. (in Arabic)
- Heli, H. (1993). *Tazkereh al-Fiqh*, Qom, Al-Bayt Foundation for the Revival of Heritage, Vol. 10. (in Arabic)
- Hor'amli, M. (Untitled). *Details Means of Shiate to Study Sharia issues*, Qom, Al-Bayt Foundation for the Revival of Heritage. (in Arabic)
- Haas, D. (2009). *De grenzen Van het Recht op Nakoming*, Academic Thesis het behalen van de graad van doctor de Vrije Universiteit, Amsterdam: GratisUniversiteit. (in Dutch)
- Haas, D. & Jansen, C. (2008). *Specific performance in Dutch Law, 'Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives'*, Antwerp. (in Dutch)
- Jaabi-Amili, Z. (1891). *An Explanation of Al-Lomaa Al-Dimashqiah*, Tehran, Written by Abd al-Rahim, Vol. 2. (in Arabic)
- Jaziri, A. (2003). *Jurisprudence on the Four Religions*, Beirut, Dar al-Kitab, Vol. 2. (in Arabic)
- Imami, S. H. (1993). *Civil Law*, Tehran, Islamic Bookstore, Vol. 1.
- Katozian, N. (1997). *Civil Law, General Rules of Contracts*, Tehran, Enteshar Company, Vol. 4. (in Persian)
- (2010). *Legal Practices-Iqaa*, Tehran, Enteshar Company. (in Persian)
- (2008). *Judicial Justice, Elected Deccesions*, Tehran, Dadgostar Publishing. (in Persian)
- (1990). *Coercive Guarantee-Civil Liability*, Tehran, University of Tehran Press.
- Makarem Sh. N. (2003). *Anwar al-Osuol*, Qom, Imam Ali Ibn Abitaleb School Publications. (in Arabic)
- (2006). *Rules of Jurisprudence*, Qom, Ali Ibn Abi Talib School Publications. (in Persian)
- Maki-Ameli, M. (1996). *Sharia Courses in Imami jurisprudence*, Qom, Islamic Publications Office, Vol. 3. (in Arabic)
- Mohaghegh Damad, S. M. (2001). *Rules of Jurisprudence of Civil Section 2*, Tehran, Samt Publications. (in Persian)
- (1999). *Rules of Jurisprudence of Civil Section 1*, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center. (in Persian)
- Mousavi (Imam Khomeini), S. R. (1989), *Kitab al-Baia*, vol. 5, Qom: Ismailian. (in Arabic)

- Mousavi Bojnord, S. H. (1998). *Rules of Jurisprudence*, Qom, Al-Hadi, Vol. 3 & 5. (in Arabic)
- Mousavi Bojnourdi, S. M. (2006). *Rules of Jurisprudence*, Tehran, Majd Scientific and Cultural Association.
- Najafi, M. H. (1986). *Jawaher al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*, Tehran, Dar al-Kitab, Vol. 23. (in Arabic)
- Naraghi, A. (1999). *Awaid al-Ayyam*, by Abu Talib Nayini, Untitled. (in Arabic)
- Nathan, I. (1923). "The Limits of Judicial Discretion", *The Yale Law Journal*, 32(4), pp. 339-352. (in English)
- Sadeghi-Neshat, A. (2009). "The Right to Terminate a Contract Despite the Possibility of Enforcement in Iranian Law", *Quarterly Journal of Private Law Studies, University of Tehran*, 39(4), pp. 297-314. (in Persian)
- Safipour, A. (1879). *The End of the Arabs in the Arab Language*, Tehran, Untitled, Vol. 1. (in Arabic)
- Shahidi, M. (2006). *Principles of Contracts and Obligations*, Tehran, Majd Scientific and Cultural Association. (in Persian)
- (2016). *Civil Law, Effects of Contracts and Obligations*, Tehran, Majd Scientific and Cultural Association, Vol. 3. (in Persian)
- (2010). *Civil Law 3 Obligations*, Tehran, Majd Scientific and Cultural Association.
- Shams, A. (2001). *Lectures on Civil Procedure 3*, Tehran, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. (in Persian)
- Smits, M. H.J. (2014). *Efficient Breach and the Enforcement of Specific Performance*, Amsterdam: Law School LLM Privaatrecht. (in English)
- Stolp, M. M. (2007). *Termination, Indemnity and Performance: The Remedies For Default in Light of the Principles of Subsidiarity and Proportionality to obtain the degree of Doctor*, at the Radboud University Nijmegen, Deventer, Kluwer. (in Dutch)
- Tusi, M. H. (2008). *Al-Mabsut Fi Al-Fiqh Al-Imamiya*, Al-Mortazaviv Library, Vol. 2. (in Arabic)
- Van der Merwe, S. A. (2014). *A Comparative Evaluation of the Judicial Discretion to Refuse Specific Performance*, Thesis presented for the degree of Doctor of Laws, Stellenbosch in the Faculty of Law, Stellenbosch University. (in English)
- Zahili, W. (2008). *Islamic Jurisprudence and its Evidence*, Vol. 4, Damascus, Dar al-Fikr. (in Arabic)
- Wijck, P. (2007). *Nakoming of schadevergoeding?*, NTBR. (in Dutch)