



## A Judicial Discretion in Rrefusing of Specific Performance in Iranian and English Law

Mohammad Ali Jafari<sup>1</sup>, Ahmad Esfandiari<sup>1\*</sup>, Susan Narrimani<sup>1</sup>

1. Department of Parivate Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran.

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Although in all known legal systems, obligations are accepted as one of the most common means of transferring property and assets between individuals and in addition to the existence of a moral obligation to fulfill a promise and its importance in regulating social relations, there is a difference of opinion regarding the legal effects of breach of obligations between several legal systems on the one hand and within each legal system on the other.

**Method:** The research method in this article was descriptive-analytical.

**Ethical Considerations:** All ethical principles have been followed in writing this article.

**Results:** Contrary to the rules governing on Iranian law, which in case of breach of an obligation, the main remede is the compelling of promisor to specific performance, in the provisions of multi-layered system of English law, main remede is to pay damages to promisee and compelling the promisor to specific performance is only accepted in exceptional cases.

**Conclusion:** Although there are fundamental differences in Iranian and English laws regarding how to deal with the breach of obligation by one party, in both legal systems there are cases where, despite the possibility of specific performance in practice, there are solutions for refusing to accept it. In this case, the rules of severe harshness, continuous monitoring, prohibition of coercion in personal services in English law and the rules of no hardship, no harm and prohibition of abuse of rights and Expediency in Iranian law can be cited.

**Keywords:** Performance; Damage; Discretion; Equity; Specific Performance; Judicial Discretion

**Corresponding Author:** Ahmad Esfandiari; **Email:** [esfandiari\\_ahmad@yahoo.com](mailto:esfandiari_ahmad@yahoo.com)

**Received:** March 08, 2023; **Accepted:** July 29, 2023; **Published Online:** November 14, 2023

### Please cite this article as:

Jafari MA, Esfandiari A, Narrimani S. A Judicial Discretion in Rrefusing of Specific Performance in Iranian and English Law. *Medical Law Journal*. 2022; 16(Special Issue on Legal Developments): e35.



## مجله حقوق پزشکی

دوره شانزدهم، ویژه‌نامه تحولات حقوقی، ۱۴۰۱

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



# صلاحید قضایی در امتناع از اجرای عین قرارداد در حقوق ایران و انگلیس

محمدعلی جعفری<sup>۱</sup>، احمد اسفندیاری<sup>۱\*</sup>، سوسن نریمانی<sup>۱</sup>

۱. گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** با اینکه در تمام نظام‌های حقوقی شناخته‌شده، تعهدات به عنوان یکی از شایع‌ترین وسیله انتقال اموال و دارایی‌ها میان اشخاص پذیرفته شده و علاوه بر وجود الزام اخلاقی بر وفای به عهد و اهمیت آن در تنظیم روابط اجتماعی، در مورد ضمانت اجرای نقض تعهد میان نظام‌های حقوقی گوناگون از یکسو و درون هر نظام حقوقی از سوی دیگر اختلاف نظر وجود دارد.

**روش:** روش تحقیق در این مقاله به صورت توصیفی - تحلیلی بوده است.

**ملاحظات اخلاقی:** تمامی اصول اخلاقی در نگارش این مقاله رعایت شده است.

**یافته‌ها:** برخلاف قواعد حاکم بر حقوق ایران که در صورت نقض تعهد، روش جبرانی اصلی، الزام متعهد به اجرای عین تعهد می‌باشد، در مقررات نظام چندلایه حقوق انگلیس، روش جبرانی اصلی، پرداخت خسارت به متعهدله است و الزام متعهد به اجرای عین تعهد، صرفاً در موارد استثنایی پذیرفته شده است.

**نتیجه‌گیری:** هرچند در حقوق ایران و انگلیس در مورد چگونگی تعامل با نقض تعهد از سوی یکی از طرفین، تفاوت‌های مبنایی وجود دارد، در هر دو نظام حقوقی می‌توان مواردی را پیدا نمود که به رغم امکان اجرای عین قرارداد در عمل، راه‌حلی برای امتناع از پذیرش آن وجود دارد. در این مورد می‌توان به قواعد لزوم پرهیز از سختی شدید، عدم امکان نظارت مستمر، منع اجبار در خدمات شخصی در حقوق انگلیس و قواعد نفی عسر و حرج، لاضرر، منع سوءاستفاده از حق و استصلاح در حقوق ایران استناد نمود.

**واژگان کلیدی:** اجراء؛ خسارت؛ صلاحید؛ انصاف؛ اجرای عین قرارداد؛ صلاحید قضایی

نویسنده مسئول: احمد اسفندیاری؛ پست الکترونیک: [esfandiari\\_ahmad@yahoo.com](mailto:esfandiari_ahmad@yahoo.com)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۷؛ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۲۳

خواهشمند است این مقاله به روش زیر مورد استناد قرار گیرد:

Jafari MA, Esfandiari A, Narrimani S. A Judicial Discretion in Rrefusing of Specific Performance in Iranian and English Law. Medical Law Journal. 2022; 16(Special Issue on Legal Developments): e35.

## مقدمه

از گذشته‌های بسیار دور، قرارداد به عنوان مسالمت‌آمیزترین روش جا به جایی اموال و دارایی‌ها میان مردم، مورد شناسایی قرار گرفته و با توسعه جوامع انسانی، علاوه بر اینکه نیاز به تعداد بیشتری از قراردادها و تنوع آن‌ها احساس شده است، لزوم اعتماد بر تحقق تعهدات مندرج در آن‌ها نیز فزونی پیدا نموده است. یکی از اصول مسلم حقوق قراردادها در نظام‌های قانون نوشته این است که دو طرف قرارداد، ملزم به اجرای تعهداتی می‌باشند که با میل خود آن را منعقد نموده‌اند. در این مورد، مفاد آیه «... أوفوا بالعقود» و حدیث نبوی (ص) «المؤمنون عند شروطهم» در فقه اسلامی و حقوق ایران از یکسو و قاعده «قرارداد باید اجرا شود» در نظام حقوق رومی - ژرمنی از سوی دیگر، قواعدی الهام بخش محسوب می‌شوند که حامل دستور کلی اخلاقی، مبنی بر لزوم وفای به عهد می‌باشند. با اینکه اصل رومی مذکور، قاعداً باید در حقوق انگلیس نیز مورد توجه باشد، با این حال، از درون نظام حقوقی این کشور، صدای مخالفت با اطلاق آن شنیده می‌شود، به گونه‌ای که انگار، نقض تعهد به صورت هنجاری قانونی درآمده است. به این ترتیب، با اینکه در هر دو کشور انگلیس و ایران، حجم قابل توجهی از تعهدات به صورت داوطلبانه از سوی متعهد به مورد اجرا در نمی‌آیند، رویکرد دو نظام حقوقی به نقض تعهدات تا حد زیادی با یکدیگر متفاوت می‌نماید.

چند سؤال مهم قابل طرح در این مورد، این است که هرگاه یکی از طرفین، آنچه را که به موجب قرارداد بر عهده دارد از روی اختیار انجام ندهد و به تکلیف خود در این مورد عمل نکند، در دو نظام حقوقی ایران و انگلیس، چه ابزار قانونی در اختیار طرف غیر ناقض قرار دارد؟ و در صورت تعدد چنین ابزارهایی، کدام یک، جبران اصلی و دارای تقدم می‌باشد؟ در این صورت، مرجع قضایی می‌تواند به صلاح‌دید خود، به جای روش جبرانی اصلی، از روش‌های جایگزین استفاده نماید؟ علاوه بر طرح مباحث پرحجمی در منابع فقهی، در ادبیات حقوقی ایران نیز مطالعات متعددی شامل بخش‌هایی از چندین کتاب - که توسط شارحان متقدم قانون مدنی در این

مورد چاپ و منتشر گردیده است - و بیش از بیست مقاله پژوهشی - که قریب به اتفاق آن‌ها به صورت مقایسه‌ای با حقوق یک یا چند کشور تابع نظام حقوقی رومی یا ژرمنی از سوی نویسندگان متأخر حقوق مدنی نوشته شده است - در مورد تقدم اجرای عین تعهد بر فسخ و جبران خسارت یا بالعکس و همچنین امکان توسل همزمان بستانکار به یکی از دو روش فوق اختصاص یافته و تمام تلاش‌های علمی فقها و نویسندگان حقوقی بدون توجه به ملاحظات عملی دادرسی، صرفاً بر جنبه‌های نظری و ماهوی این موضوع متمرکز گردیده است. با این حال به رغم جستجوی زیاد، پژوهشی به صورت کتاب یا مقاله - که به صلاح‌دید قضایی از یکسو و بررسی مقررات کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا، از جمله نظام حقوقی انگلیس راجع به اجرای عین تعهد ولو به صورت تطبیقی از سوی دیگر نوشته شده باشد - مشاهده نگردیده است، این در حالی است که در نظام حقوقی این کشور، اصول و مقررات حقوقی با رویکرد بسیار متفاوتی به همراه مبانی و آثار ویژه‌ای در مواجهه با این موضوع مورد پذیرش واقع شده است که ضرورت انجام این تحقیق را دوچندان می‌سازد.

این مقاله، ضمن احترام به اصل لزوم وفای به عهد بر آن است که اصرار قانونگذار ایرانی بر الزام متعهد به اجرای عین تعهد به هر قیمت ممکن نه تنها توازن میان منافع دو طرف عقد و مخصوصاً منافع متعهدله را نادیده می‌گیرد، بلکه در مواردی ممکن است موجبات تضییع حقوق آن‌ها را فراهم آورد. در این مورد، دادگاه‌ها می‌توانند با استناد به اصول بالادستی حاکم بر نظام حقوقی ایران، از جمله قاعده نفی عسر و حرج، منع سوءاستفاده از حق، قاعده استصلاح و... از صدور حکم به اجرای عین تعهد امتناع ورزند، چنانکه در نظام حقوقی انگلیس - که در گذشته، نهاد اجرای عین تعهد، به عنوان امری استثنایی و صرفاً در موارد محدود به عنوان روش جبرانی جایگزین در صورت نقض تعهد پذیرفته شده بود - به تدریج به دادگاه‌ها اجازه داده شد که برخلاف هنجار مورد قبول، در صورت صلاح‌دید، آن را گسترش دهند.

## روش

این مقاله به روش توصیفی - تحلیلی و با به کارگیری ابزارهای کتابخانه‌ای از قبیل فیشبرداری از کتاب‌ها، مقالات و بررسی تحلیلی یافته‌ها نگاشته شده است.

## یافته‌ها

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که برای دستیابی به منشأ موضوعی با عنوان «صلاحید قضایی» در حقوق کشورهای غربی و از جمله حقوق انگلیس و سیر تحول آن تاکنون دیدگاه افلاطون درباره عدالت، نقش مهمی ایفا نموده است. برای نشان دادن این سیر تحول و دلایل تاریخی و اجتماعی و همچنین سوق یافتن حقوق این کشور به موضوع صلاحید قضایی در مورد اجرای تعهدات، بررسی مفاهیم زیر هرچند به طور مختصر، لازم می‌نماید:

۱. مفهوم عدالت قانونی: افلاطون در ساختار اجتماعی به مفهومی از عدالت - که عدالت قانونی نامیده می‌شود - نزدیک شده است. او در لا به لای گفتگوها در رساله جمهوری به طور ضمنی میان عدالت طبیعی - که خیر دیگران را تأمین می‌نماید - و عدالت قانونی - که منافع قانونگذاران را دربر دارد - تفاوت قائل می‌شود و در نهایت به تعریف عدالت به اعمالی که قانون آن‌ها را مجاز شمرده است، تمایل بیشتری نشان می‌دهد (۱). به نظر می‌رسد منظور افلاطون از قانون، معنای خاص آن بود که از سوی مقامات رسمی وضع می‌شود و نه معنای عام آن که شامل اصول و خط‌مشی‌ها و قانون موضوعه می‌گردد.

در نظام حقوقی انگلیس که به طور بسیار محدود، تحت تأثیر نفوذ حقوق رومی واقع شده است (۲)، مقررات حاکم بر روابط میان مردم و از جمله مقررات ناظر بر چگونگی اجرای تعهدات از سه منبع کامن‌لا، انصاف و قانون موضوعه الهام گرفته است که تعامل هر یک آن‌ها با اجرای تعهد، تا حد زیادی تحت تأثیر تاریخ سیاسی این کشور متفاوت می‌باشد. مفهوم عدالت قانونی را در نظام چندلایه حقوق انگلیس می‌توان در کامن‌لا و

قانون موضوعه جستجو نمود که هر یک از آن‌ها در مورد اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، مقررات متفاوتی دارد:

کامن‌لا - که بر اساس ملاحظات دادرسی، شکل گرفته است - بخش اصلی و مهم‌ترین منبع حقوق کشورهای تابع این نظام حقوقی و از جمله انگلیس، محسوب می‌شود که پس از سال ۱۰۶۶ میلادی از میان مجموعه‌ای از آیین‌های دادرسی در دادگاه‌های شاهی، تراوش نمود (۲) و پس از زوال عرف‌های محلی به قواعد مشترک حقوقی برای سراسر این کشور تبدیل گردید. کامن‌لا به لحاظ اینکه از سوی قوه مقننه وضع نمی‌شود، اگرچه به معنی دقیق کلمه قانون موضوعه نیست، اما تردیدی وجود ندارد که توسط قضات - که مقامات رسمی محسوب می‌شوند - و در فرایند رسیدگی به پرونده‌های قضایی استخراج می‌گردد و از این جهت اطلاق عدالت قانونی به آن دور از واقعیت نیست. کامن‌لا در زمینه اجرای تعهدات ناشی از قراردادها از حقوق دوره کلاسیک روم الهام گرفته است که در آن هنوز اصل «قراردادها باید اجرا شود» - که در وضع کنونی در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی - ژرمنی، قاعده‌ای الهام‌بخش محسوب شده و تقریباً نقش قاعده «أوفوا بالعقود» در حقوق ایران را ایفا می‌نماید - شناسایی و تثبیت نشده بود و در عوض به پیروی از اصل «هیچ کس را نمی‌توان مجبور به انجام کار خاصی کرد»، پذیرش اجرای عین تعهد از سوی دادگاه‌ها مجاز نبوده است. بنابراین طرف زیان‌دیده قرارداد برای احقاق حق خود به مطالبه پرداخت خسارت محدود شده بود. از ووئت (Voet) نقل شده است که در حقوق روم مطابق قاعده «کسی که تعهدی را انجام نمی‌دهد می‌تواند با پرداخت خسارات مالی، وظیفه خود را انجام دهد»، به لحاظ حقوقی هیچ روشی برای مجبور کردن شخص به انجام آن وجود نداشته است. دلیل پذیرش تقدم پرداخت خسارت بر الزام متعهد بر اجرای عین تعهد این بود که حقوقدانان کامن‌لا نیز همانند حقوقدانان دوره کلاسیک روم به هیچ وجه، روش جبرانی اجرای عین تعهد را نمی‌شناختند و مایل نبودند در صورت عدم انجام تعهد، اشخاص را به انجام اعمالی غیر از پرداخت خسارت پولی مجبور سازند. به این ترتیب در

قانونگذاری، حقوق موضوعه بر مقررات کامن‌لا تقدم پیدا می‌نماید (۹). در مورد چگونگی تعامل با اجرای تعهدات، ماده ۵۲ قانون فروش کالا (مصوب ۱۹۷۹ م.) دامنه روش جبرانی اجرای عین تعهد را گسترش داده و این اختیار را به دادگاه‌ها اعطا نمود که در رابطه با تعهدات مربوط به تحویل کالاهای خاص یا مشخص شده دستور اجرای عین تعهد صادر نمایند. بنابراین صلاحید، دیگر، به مواردی، محدود نیست که در آن خواهان نمی‌تواند جایگزین رضایت‌بخشی دریافت کند، زیرا کالاها منحصر به فرد تلقی می‌شوند. دادگاه‌ها همچنین می‌توانند حکم اجرای عین تعهد در قرارداد بیع کالایی را - که به عنوان کالای تجاری مشخص شده است - صادر کنند. به این ترتیب، دادگاه‌های انگلیسی نیز در موارد تجربه منحصر به فرد تجاری، یعنی در مواردی که کالاها صرفاً عمومی بوده و بنابراین خارج از محدوده ماده ۵۲ قانون فروش کالا قرار دارند، اجرای عین تعهد را پذیرفتند (۱۱-۱۰).

**۲. مفهوم عدالت صلاحیدی:** با وجود ابراز تمایل افلاطون به عدالت قانونی، وی از زبان گلاوکن (Glaucon) (یکی از شخصیت‌های رساله جمهوری) به طور ضمنی، عدالت را خارج از قانون و عادل‌ماندن را به اجتناب از آنچه به دیگران تعلق دارد، تعریف می‌نماید. شگفت آنکه سقراط - که بیانگر دیدگاه‌های خود افلاطون است - نیز با عدالت خارج از قانون، مخالفتی نشان نمی‌دهد و به گونه‌ای، پای عنصر دیگری غیر از «قانون» را در تعریف عدالت به میان می‌کشد: «عدالت نه به دست‌آوردن چیزی است که متعلق به دیگران است و نه محروم‌ماندن از آن چیزی که متعلق به خود انسان است» (۱۲). نتیجه چنین دیدگاهی این است که قوانین موضوعه، هرچند برای اجرای عدالت در اجتماع، اجتناب‌ناپذیر است، به تنهایی، موجبات سعادت جامعه را فراهم نمی‌سازد و در مواردی، اجرای بدون کم و کاست آن، لزوماً به عدالت منتهی نمی‌گردد. از این رو برای نیل به عدالت کامل در برخی موارد، چاره‌ای جز چشم‌پوشی از آن وجود ندارد. سؤال مطرح، آن است: عدالتی که افلاطون در خارج از قانون، آن را دنبال کرده و دادگاه را به اعمال آن توصیه می‌کند، از چه منبعی

سده‌های اولیه پس از شکل‌گیری، کامن‌لا در مورد نقض تعهد از سوی بدهکار همان رویکرد حقوق کلاسیک روم را اتخاذ نمود، چنانکه از ادوارد فرای (Edward Frye) نویسنده حقوقی این کشور نقل شده است که: «کامن‌لا عملاً تلاشی برای اجرای قراردادهای نکرد، بلکه فقط به زیان‌دیده، حق جبران خسارت در صورت عدم اجرای آن را داد» (۳). با این حال، برخلاف حقوق دوره کلاسیک روم، زیان‌دیده (خواهان) برای طرح دعوی، صرفاً به مطالبه خسارت محدود نبود، بلکه می‌توانست بر اساس حقوق شرعی کلیسا خوانده را به اجرای عین تعهد ملزم سازد. با این حال در دوره تثبیت کامن‌لا جز در مواردی که دادگاه پذیرش اجرای عین تعهد را مطابق با اصول مسلم صلاح بداند، خواهان در صورت نقض تعهد از سوی متعهد، حق مطالبه آن را نداشته است (۴-۵). بنابراین اجرای عین تعهد به عنوان روش جبرانی استثنایی برای نقض قرارداد تلقی می‌گردید که دادگاه تنها می‌توانست آن را در اعمال صلاحید انصافی یا قضایی خود صادر کند (۶).

یکی از عوامل مهم در پذیرش اجرای عین تعهد از سوی دادگاه، وجود و کفایت پرداخت خسارت مبتنی بر حقوق (کامن‌لا) می‌باشد. به این معنی، روش جبرانی اصلی - که در صورت نقض قرارداد توسط دادگاه‌ها مطرح می‌شود - پرداخت خسارت می‌باشد و معمولاً این شکل از روش جبرانی ترجیح داده می‌شود. با این حال، در مواردی - که پرداخت خسارت، جبرانی، ناکافی محسوب شود و یا برای اجرای عدالت کامل میان طرفین، کافی نباشد - پذیرش اجرای عین تعهد به صلاحید دادگاه خواهد بود (۷). اجرای عین تعهد به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن به دلیل اینکه یک طرف، تعهد خود را طبق قرارداد انجام نداده است، طرف دیگر - که تعهد خود را نقض نکرده است - حق مطالبه اجرای آن را پیدا می‌نماید (۸). حقوق موضوعه که در نظام حقوقی انگلیس با لحاظ نمودن مقررات کامن‌لا و جز در موارد خاص، به عنوان الحاقیه یا غلطنامه کامن‌لا از سوی مجلس قانونگذاری تصویب می‌گردد و بدون مراجعه به آن، قابل فهم شناخته نمی‌شود، دارای وسعت و اهمیت قابل توجهی است. با این حال در صورت وجود تعارض میان آن دو، به دلیل اختیارات نامحدود قوه

سرچشمه می‌گیرد؟ به این ترتیب می‌توان گفت از گذشته‌های بسیار دور، مفهوم «صلاحید» در اعمال قوانین از سوی مرجع قضایی مطرح شده است. «صلاحید» به لحاظ لغوی به تجویز، مصلحت دیدن، صلاح اندیشیدن و... معنی شده است (۱۳). این صلاحید ممکن است به حکم وجدان (صلاحید انصافی) یا دادگاه (صلاحید قضایی) باشد:

۱-۲. صلاحید انصافی: شاید ارسطو نخستین کسی باشد که عدالت خارج از قانون را - که افلاطون، نسبت به آن تمایل پیدا کرده بود - با جزئیات بیشتری معرفی کرده باشد. او انصاف را عدالتی برتر و وسیله تصحیح و تعدیل عدالت قانونی معرفی نمود (۱۴). به نظر می‌رسد منظور او از انصاف، چنانکه حدود ۱۵۰۰ سال بعد در حقوق انگلیس به رسمیت شناخته شد، قواعدی است که از اخلاق وجدان انسان سرچشمه گرفته است. یکی از مصادیق بارز قواعد انصافی، الزام شخص به وفای به عهد می‌باشد.

انصاف که در حقوق انگلیس به لحاظ اهمیت پس از کامن‌لا و حقوق موضوعه، قرار دارد، به عرف‌های دادگاه‌ها اطلاق می‌شود که در موقعیت‌هایی که دو مجموعه فوق، جبران‌های مناسبی، پیش‌بینی نکرده باشند یا در صورت پیش‌بینی، جبران‌های حقوقی و قانونی غیر منصفانه باشند، بدون اینکه حکمی برخلاف آن دو، صادر نماید، جبران‌هایی فراهم می‌آورد (۱۵). به عنوان مثال در مورد نقض قرارداد در کامن‌لا، دادگاه، صرفاً حکم به جبران خسارت می‌داد، اما صدور چنین حکمی، جبرانی کافی نبود. در این مورد، نظر قاضی دادگاه مهنداری این بود که تعهدات باید حفظ شود و هرگاه کامن‌لا جبران کافی فراهم نیاورده باشد، او جبران مناسبی از طریق صدور دستور به اجرای عین قرارداد، تعیین نماید. با این حال، دادگاه در تصمیم‌گیری در مورد پذیرش یا عدم پذیرش آن به شرایط غیر عادی توجه می‌نمود. رفتار خواهان (مانند داشتن دست‌های پاک) و شرایط خوانده (مشقت و سختی شدید) برای این منظور، مؤثر و دارای اهمیت بود. این روش جبرانی در آغاز، صرفاً امتیازی بود که اعطای آن به خواهان به صلاحید صدر اعظم - که نگهبان وجدان پادشاه به شمار

می‌رفت - بستگی داشت و نه حقی ماهوی. با این حال، به تدریج، پذیرفته شد که این صلاحید باید بر اساس اصول ثابتی اعمال شود. علاوه بر این به عنوان قاعده کلی، انصاف، به صورت شخصی عمل می‌نماید، یعنی اینکه مقررات آن بر شخص محکوم علیه، اعمال می‌شود نه بر دارایی او. به این معنی شخص دیگری ولو با هزینه محکوم علیه نمی‌تواند موضوع تعهد را اجرا نماید. در صورت عدم رعایت دستور دادگاه، خوانده تا زمان اجرای عین تعهد در حبس می‌ماند (۱۶).

۲-۲. صلاحید قضایی: از گذشته، این دیدگاه مطرح بود که قانون موضوعه، هرچند دقیق باشد نمی‌تواند راه حل‌های حقوقی همه موضوعات را پیش‌بینی نماید. علاوه بر این حتی در برخی موارد که راه حل‌ها با تمام جزئیات در قوانین مشخص می‌شوند، اجرای تمام و کمال آن‌ها عدالت واقعی را تأمین نمی‌نماید. در چنین مواردی، عملکرد قاضی به قانون، جان می‌بخشد و در موارد نقص یا خلأ قانونی و یا منتهی‌شدن اجرای قانون با بی‌عدالتی در فرایند دادرسی، وی می‌تواند با دورزدن آن، عدالت دیگری را رقم بزند. بنابراین هرگاه دادگاه به جای احراز قاعده حقوقی نامشخص یا مورد مناقشه و اعمال آن در پرونده مورد نظر - که قضاوت نامیده می‌شود - به دنبال دورزدن قانون موضوعه باشد، صلاحید قضایی را اعمال می‌نماید (۱۷). در دیدگاه‌های حقوقی نوین، تعدیل عدالت قانونی از سوی دادگاه به صلاحید قضایی تعبیر شده است، البته اینکه منظور از صلاحید قضایی، تعدیل عدالت قانونی به مفهوم عدالت مبتنی بر قانون موضوعه (قانون به معنای خاص) یا عدالت مبتنی بر قانون اعم از قانون موضوعه، اصول و خط مشی‌ها (قانون به معنای عام) می‌باشد، اختلاف نظر وجود دارد. در معنای نخست، صلاحید، اختیاری است که برای صاحب آن، این امکان را فراهم می‌نماید تا در وضعیتی که خلأ قانون موضوعه وجود داشته باشد یا اینکه اجرای بی‌کم و کاست آن، نتایجی به بار آورد که با مقصود کلی قانونگذار، ناسازگار باشد، از طریق اعمال گزینه‌های جایگزین، در مورد پرونده مطروح نزد دادگاه، تصمیم‌گیری نماید (۱۴). آسان‌ترین

راه برای شناسایی وجود صلاحیت، استفاده از اصطلاح «می‌تواند» یا معادل آن در تنظیم قواعد حقوقی است (۱۸). این سؤال از گذشته مطرح بود که قاضی با سیستمی از قوانین که او را با استدلال‌های قیاسی به تصمیم‌گیری رهنمون می‌شود، سروکار دارد یا اینکه از نوعی صلاحیت قضایی برخوردار است؟ سؤال دیگر اینکه در صورت مثبت‌بودن پاسخ، صلاحیت قضایی، نوعی قانونگذاری است؟ برخی نویسندگان حقوقی، از جمله لانگدل (Langdale)، ضمن دادن پاسخ مثبت به سؤال نخست، عقیده داشتند که قضات باید راه حل دعوی طرح‌شده را در قوانین بیابند. اگر کسی فکر کند که حقوق، صرفاً از قوانین نسبتاً غیر قابل انعطاف و بدون ابهام، تشکیل شده است، در این صورت، مسأله صلاحیت قضایی اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد. به عبارت بهتر، قانون، شامل خط‌مشی‌ها و اصول یعنی معیارهای تصمیم‌گیری کلی و فراگیر می‌گردد که آن‌ها را از قواعد حقوق موضوعه، متمایز می‌سازد. بنابراین دادرسی که ملزم به اجرای قانون به معنای عام است، در مقایسه با زمانی که صرفاً ملزم به اجرای قوانین به معنای خاص باشد، به میزان قابل توجهی، اختیار صلاحیت کمتری دارد. دورکین (Dworkin) را می‌توان یکی از سرسخت‌ترین مخالفان دیدگاه صلاحیت قضایی در مفهوم عام به شمار آورد. به این معنی هرچند دوزدن قوانین موضوعه از سوی قضات برای اعمال صلاحیت قضایی در مواردی که اجرای بدون تنازل آن به بی‌عدالتی منتهی شود، مطلوب به نظر می‌رسد، دادن چنین اختیاری برای دوزدن قانون به معنای عام کاملاً مردود می‌باشد (۱۸). برعکس از هولمز (Holmes) نویسنده انگلیسی نقل شده است که وقتی قاضی در مورد پرونده‌ای تصمیم‌گیری می‌نماید، از آنجایی که قواعد حقوقی قابل اعمال، او را برای صدور رأی خاص مجبور نمی‌سازد، همواره فضای صلاحیت برای او وجود دارد. با این حال به رغم پاسخ مثبت وی به پرسش دوم فوق سؤال مطرح این است که اگر قضات، قانونگذار هستند و نه داورانی که صرفاً قوانین موضوعه را اعمال می‌کنند، چه چیزی به تصمیمات آن‌ها مشروعیت یا اعتبار می‌دهد؟ (۱۸) با این حال، گروهی، از جمله دورکین این ایده را که عرف یا قانون، چیزی

را به صلاحیت دادگاه واگذار می‌کند، به عنوان قاعده استبدادی رد می‌کنند و آن را به هر طریق ممکن محدود می‌نمایند (۱۹). دیدگاه مذکور درباره صلاحیت، زمانی مصداق پیدا می‌نماید که قاضی، خارج از چارچوب قانون و بر مبنای نظرات و باورهای شخصی، اعمال صلاحیت می‌کند. با این حال، عده‌ای میان صلاحیت به معنای عرفی و صلاحیت قضایی - که بر اساس قاعده اعمال می‌شود - تمایز قائل می‌شوند (۸). اعمال صلاحیت قضایی، هنگامی که قاضی به طور ضابطه‌مند، یعنی بر مبنای اصول و قواعد، اقدام به اعمال آن نماید، سوءاستفاده از قدرت و اختیار محسوب نمی‌گردد. آنچه که صلاحیت را ضابطه‌مند کرده و از حالت اعمال سلیقه خارج می‌کند، تعیین محدوده اختیارات صلاحیت‌داری است، یعنی شناسایی وضعیت‌هایی که در آن قاضی می‌تواند اعمال صلاحیت نماید.

برخلاف حقوق رومی (و نه حقوق کلاسیک روم) که در آن عقد، و حتی عقد بسیار پرکاربردی مانند بیع، صرفاً وسیله ایجاد تعهد به انتقال بوده و لزوم اجرای تعهد و همچنین ضمانت اجرای عدم انجام آن یکی از موضوعات اصلی حقوق تعهدات محسوب می‌گردید، در فقه اسلامی به عنوان اصل کلی، عقود معین جز در موارد استثنایی، مفید انتقال مالکیت دارایی‌ها به شمار می‌رفت، به طوری که به محض وقوع ارکان عقد انتقال مالکیت انجام می‌شد و مباحث مربوط به تعهد به انتقال دارایی‌ها در عقود غیر معین - که از نظر مشهور، شرط ابتدایی نامیده شده است - مطرح بود.

هرچند عده‌ای از فقها با این استدلال که عمل به مدلول شرط فعل بر مشروط علیه الزامی نمی‌باشد، اجبار او به انجام آن را جایز ندانستند (۲۰) و به این ترتیب، در صورت عدم انجام شرط از سوی مشروط علیه، مشروط‌له را میان ابقای عقد و فسخ آن مخیر می‌سازد (۲۳-۲۱)، دیدگاه مشهور فقها و تفسیر غالب از مقررات حقوقی ایران که ایفای شرط از سوی مشروط علیه را دارای جنبه تکلیفی معرفی نموده و در صورت خودداری وی از اجرای تعهد و شرط، تنها راه حل قابل تصور برای متعهدله و مشروط‌له را مجبورنمودن او به اجرای عین تعهد و شرط می‌دانند (۲۷-۲۴). مستند این گروه، علاوه بر

نمودند، وجود راه جبرانی دیگر یعنی فسخ عقد در صورت عدم اجرای شرط از سوی مشروط علیه برای مشروطه معرفی نمود (۳۳).

### بحث

۱. صلاحیت قضایی در امتناع از اجرای عین قرارداد در حقوق انگلیس: با اینکه در نظام حقوقی انگلیس، اجرای عین تعهد به عنوان روش جبرانی استثنایی و صرفاً در مواردی که پرداخت خسارت، ناکافی باشد یا برای اجرای عدالت کامل میان طرفین کافی نباشد، پذیرفته شده است (۷)، با این حال، تحت شرایطی، دستور اجرای عین تعهد صادر نمی‌شود، از جمله اینکه هرگاه موجب سختی شدید بوده یا مستلزم نظارت مستمر دادگاه باشد و یا با آزادی شخصی افراد در قراردادهای خدمات شخصی تعارض پیدا نماید:

۱-۱. سختی شدید: همانطور که از ابتدا اشاره شد، در صورت نقض تعهد، نقطه شروع حقوق قراردادهای انگلیس در مورد ضمانت اجرای چنین نقضی، این است که پرداخت خسارات مالی از سوی متعهد، کافی بوده و روش جبرانی اصلی برای نقض قرارداد محسوب است. اجرای عین تعهد فقط زمانی مورد حکم قرار می‌گیرد که خسارت ناکافی باشد و بنابراین روش جبرانی ثانویه برای نقض قرارداد است (۳۴). با این حال اگر پرداخت خسارت، ناکافی باشد، هرگاه اجرای عین تعهد، موجب سختی شدید خوانده شود یا ضرری که خواهان متحمل می‌شود، با توجه به تمام شرایط پرونده و رعایت اهداف عدالت، زیاد باشد، از اجرای عین تعهد، خودداری می‌شود. این نوع صلاحیت از سوی دادگاه انصاف برای پذیرش اجرای عین تعهد یا خودداری از پذیرش آن، اختیاری خودسرانه نیست، بلکه نوعی، صلاحیت قضایی است که باید بر اساس قواعد مسلم و اصول انصاف و با توجه به حقایق و شرایط پرونده خاص اعمال شود. هیچ قاعده موضوعه‌ای نمی‌تواند وضع شود که به موجب آن، اقدام دادگاه را بتوان در تمام موارد نقض تعیین نمود برای مثال، در پرونده Patel v Ali خواهان به دنبال اجرای عین قرارداد فروش خانه چهار سال

اجماع، قاعده فقهی الحاکم ولی الممتنع و لحن آمرانه آیه شریفه و حدیث نبوی (ص) مذکور می‌باشد (۲۸).

قانون مدنی - که در موارد سکوت، بر نظر مشهور حمل می‌شود - بدون ارائه مبنای واحدی در این زمینه از یکسو، در مواد ۲۴۳، ۳۷۹ و ۴۹۶ در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهد، برای بستانکار، صرفاً حق فسخ را پیش‌بینی نموده و از سوی دیگر از مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ آن، اختیار همزمان متعهدله در انتخاب میان اجرای اجباری عین تعهد و فسخ بیش از الزام متعهد به اجرای عین تعهد، قابل استنباط می‌نماید. با این حال، شارحان قانون مدنی با برجسته‌نمودن ماده ۲۳۷ و مواد بعدی، آن را بر دیدگاه مشهور حمل نموده بر تقدم اجبار متعهد به اجرای عین تعهد، تمایل نشان دادند (۲۹-۳۰). در تأیید چنین دیدگاه می‌توان استدلال نمود که اصرار بر وفاداری نه تنها یکی از الزامات اخلاقی است، بلکه پس از توسعه جوامع انسانی، لزوم اعتماد بر تحقق تعهدات مندرج در آن‌ها بیش از پیش موضوعیت می‌یابد. بنابراین دادن حق فسخ و یا اختیار درخواست اجرای عین تعهد یا حق فسخ به متعهدله به صرف عدم اجرای آن، به تنهایی، منافع طرفین را به طور کامل تأمین نمی‌نماید. با این حال، اصرار بر الزام متعهد بر اجرای عین تعهد، پیش از تعذر اجرای آن و ثبوت وقوع ضرر به متعهدله نه تنها ممکن است موجبات نادیده گرفته شدن برخی منافع مشروع بدهکار را ایجاد نماید، بلکه در برخی موارد، منافع بستانکار را که به دلایل گوناگونی، از جمله از مدافعتان کالای موضوع تعهد، اجرای عین آن، دیگر، اولویتی برای او محسوب نمی‌شود، نادیده می‌گیرد. چنانکه نویسندگان متأخر حقوق مدنی با دستمایه قراردادن اختلاف نظر فقهی به شرح فوق، اصرار بر تقدم یکی از دو روش جبرانی بر دیگری را فاقد مبنای فقهی اعلام نموده و در صورت اجرائشدهن تعهد از سوی متعهد برای متعهدله، حق الزام به اجرای عین تعهد و حق فسخ و جبران خسارت را به صورت همزمان قائل شدند (۳۱-۳۲). شاید بتوان دلیل اصلی چنین دیدگاهی را علاوه بر اصله العدم در مقام تردید در وجوب وفای به مدلول شرط و عدم آن، چنانکه برخی فقها اعلام



پس از انعقاد آن بود. در آن زمان، فروشنده به شدت بیمار شد، دو فرزند دیگر به دنیا آورد و شوهرش ورشکسته اعلام شد. بنابراین دادگاه دریافت که دستوری که او را مجبور به نقل مکان می‌کند، موجب «سختی در حد بی‌عدالتی» می‌شود. نتیجه اینکه حقوق انگلیس به عنوان یک قاعده کلی، محدودیت‌هایی را در مورد دسترس‌بودن اجرای عین تعهد که در آن روش جبرانی انصافی اجرا به دلیل تغییر شرایط سخت شده است، ایجاد می‌کند. با این حال، مشکلات مالی صرف، بهانه‌ای کافی برای عدم اجرای قرارداد نیست، بلکه فقط شرایط فوق‌العاده و متقاعدکننده می‌تواند بهانه‌ای برای مقاومت در برابر اجرای قرارداد فروش اموال غیر منقول باشد. فردی با اهلیت کامل که خانه‌ای را می‌فروشد یا می‌خرد، خطر سختی را برای خود و وابستگانش می‌پذیرد، چه برخاسته از واقعیت‌های موجود باشد و چه به طور غیر منتظره در فاصله زمانی قبل از اتمام کار. نتیجه اینکه قراردادی که در زمان انعقاد منصفانه بوده است، ممکن است عیناً اجرا شود، هرچند حوادث بعدی، آن را به معامله بدی تبدیل کرده باشد و حتی اگر خریدار برای خرید اموالی که جنبه احتکارآمیز یا مشکوک دارد، قرارداد ببندد و آن را به چیز بی‌ارزشی تبدیل کند، حکم به اجرای عین تعهد داده خواهد شد. بنابراین دادگاه همیشه سختی و مشقتی که خواننده در صورت دستور به اجرا متحمل می‌شود با هر سختی و مشقتی در صورت امتناع از دستور، نسبت به خواهان وارد می‌شود، متعادل می‌سازد و دستور تنها در صورتی رد می‌شود که ضرر وارده به خواننده با منفعتی که خواهان از اجرای آن به دست می‌آورد، کاملاً نامتناسب باشد. دادگاه‌های انگلیس در تعیین اینکه آیا روش جبرانی صلاحیت‌دهی اجرای عین تعهد را بپذیرند، تأثیر چنین حکمی را بر اشخاص ثالث نیز بررسی می‌نمایند، به طوری که منافع افراد غیر طرف قرارداد و عموم مردم به طور کلی توسط دادگاه مورد توجه قرار می‌گیرد و در برخی موارد در تعیین پذیرش یا امتناع از صدور حکم برای اجرای خاص تعیین‌کننده خواهد بود (۶).

۲-۱. لزوم نظارت مستمر: از آنجایی که دادگاه، مکانیسم مؤثری برای نظارت بر اجرای عین تعهد را در اختیار ندارد، در رویه قضایی انگلیس جا افتاده است که نمی‌توان حکم به اجرای تعهدی را داد که قرار بود در یک دوره زمانی انجام شود (۷). *Pollard v Clayton* (۱۸۵۵ م.) و حتی در مواردی که طبق معیار سنتی کفایت، پرداخت خسارت، جبرانی کافی نخواهد بود، دادگاه‌ها به دلیل ملازمه اجرای عین تعهد با نظارت مستمر، آن را رد می‌کنند (۳۵).

دلیل چنین مخالفتی را باید در عدم تمایل صدراعظم انگلیس، در طول توسعه اولیه صلاحیت انصاف، دادگاه‌های صدارت (*Chancery*)، برای صدور دستور هرگاه از قابلیت اجرا مطمئن نبودند، ردیابی کرد (۳۶). آن‌ها عموماً از احکامی که مستلزم اجرای فراتر از عمل واحد بود، اجتناب می‌کردند، زیرا زندانی‌شدن خواننده به دلیل تحقیر دادگاه، اگر ثابت شود که سرکشی نمی‌کند، باعث اجرای قرارداد نمی‌شود و این به نوبه خود می‌تواند اقتدار آن‌ها را به عنوان دادگاهی جدا از دادگاه‌های حقوقی تهدید کند. یک قاعده کلاسیک مدرن در مورد ایراد نظارت، دعوی انجمن اتاق‌های متقابل تونتین وست‌مینستر رایان (*Tontine Westminster Ryan*) علیه تونتین است (۳۵) که دادگاه پژوهش اعلام کرد که شرط مندرج در قرارداد اجازه یک آپارتمان مسکونی، مبنی بر اینکه موجر یک باربر را که قرار است دائماً در آن حضور داشته باشد، تعیین می‌کند، نمی‌تواند عیناً اجرا شود، زیرا مستلزم نظارت دائمی از سوی دادگاه است. علاوه بر این، درخواست اجرای عین تعهد یک شرکت راه‌آهن برای راه‌اندازی سیگنال‌ها و تأمین نیروی موتور، برای کشت مزرعه به شیوه‌ای خاص، تحویل کالا به صورت اقساطی و فعال‌نگه‌داشتن یک فرودگاه رد شده است (۶). مجلس اعیان در پرونده *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores Holdings* این اصل را تقویت کرد که دادگاه‌ها به طور کلی، حکم به انجام تعهدات مستمر، صادر نمی‌کنند (۳۷).

۳-۱. قراردادهای خدمات شخصی: اکثر نویسندگان حقوقی انگلیس درباره قابلیت اجرایی قراردادهای خدمات شخصی

میان قراردادهای کار و سایر قراردادهای خدمات، تمایزی قائل نمی‌شوند (۳۸). بنابراین ادبیات مربوط به قابل اجرا بودن قراردادهای خدمات شخصی، شکاف حقوق سنتی روم میان شخصی شاغل و شخص خودکار را تأیید نکرده و این تمایز را غیر ضروری می‌داند، زیرا مطابق قاعده کلی، قراردادهای خدمات شخصی یا مستلزم انجام مستمر خدمات، صرف نظر از اینکه چگونه تعریف شده باشند، عیناً اجرا نمی‌شوند (۳۹). دلیل اساسی چنین دیدگاهی این است که اجبار شخص به استخدام فرد دیگری که به او اعتماد ندارد، فاقد اثربخشی است، زیرا هیچ دادگاهی نمی‌تواند از طریق دستور، مستخدم را وادار کند که کار خود را صادقانه و با پشتکار انجام دهد. نه تنها به خاطر افراد مورد نظر، بلکه به خاطر کل جامعه، لازم است که حداکثر هماهنگی و روحیه همکاری میان مستخدم و کارفرما وجود داشته باشد. نمی‌توان شخص را مجبور نمود که برخلاف میل خود، دیگری را به عنوان خدمتکار محرمانه خود در اموری که در رابطه با انجام آن‌ها نهایت اطمینان لازم است، بپذیرد (۶). طبق دیدگاه رایج در حقوق مدرن انگلیس، قراردادهای خدمات شخصی یا کار عیناً نه توسط کارمند و نه کارفرما قابل اجرا نیستند (۴۰). اجرای عین تعهد، علیه مستخدم پذیرفته نخواهد شد، زیرا با آزادی شخصی وی منافات دارد. در مورد کارفرما نیز از آنجایی که او هزینه کار را پرداخت می‌کند، باید این حق را داشته باشد که تصمیم بگیرد چه کسی در استخدام او باقی بماند. علاوه بر این مشکلات نظارت مداوم توسط دادگاه نیز در این مورد وجود دارد (۴۱) و چنانکه قاضی فرای در پرونده *De Francesco v Barnum* اعلام نمود: «محاکم باید مراقبت کنند، مبدا قراردادهای خدمات را به قراردادهای برده‌داری تبدیل کنند» (۷).

## ۲. صلاحیت قضایی در امتناع از اجرای عین قرارداد در

**حقوق ایران:** هرچند در آرای فقها بحث مستقلی در مورد امکان صلاحیت قضایی مطرح نشده است، در میان سوابق فقهی و حقوقی مقررات حاکم بر حقوق ایران، اصول و قواعد کلی را می‌توان یافت که در موارد لزوم، احکام اولیه در رابطه با

موضوع خاص را خنثی می‌سازد و دست مرجع قضایی را برای تصمیم‌گیری بر اساس وضعیت جدید باز می‌گذارد:

۱-۲. **نهی عسر و حرج:** عسر و حرج در معنای سخت، دشوار، تنگی و تنگنا (۴۳-۴۲) به کار رفته است. عده‌ای، قاعده نهی عسر و حرج را ناظر به احکام مشتمل بر تکلیف به ما لایطاق می‌دانند که عقلاً قابل انجام نباشد. در این صورت با توجه به اینکه شارع، چنین احکامی تشریح نکرده است، هر حکمی که موجب استیصال و مشقت مکلفین را فراهم نماید به موجب قاعده مذکور، مرتفع می‌گردد (۴۴). با این حال به نظر می‌رسد منظور از تکلیف موجب عسر و حرج، تکلیفی است که مکلف، اگرچه عقلاً توان انجام آن را دارد، عادتاً برای وی قابل تحمل نمی‌باشد (۴۵) و موجب ضیق و مشقت می‌گردد (۴۶).

۲-۲. **نهی ضرر:** در خصوص قاعده لاضرر این سؤال همواره مطرح بوده است که آیا صرفاً اثر رفع حکم دارد و یا می‌تواند موجب حکمی نیز باشد؟ (۴۷) با فرض اینکه قاعده لاضرر می‌تواند ایجاب حکمی نماید، این‌گونه استدلال شده است که نبود راهکار حقوقی مناسب برای حمایت از متعاقبین، جبران‌ناپذیر است که به استناد قاعده لاضرر می‌بایست از بروز آن جلوگیری کرد (۴۸). کاربرد شایع قاعده مذکور، مطابق دیدگاه مشهور در موردی است که هرگاه اجرای حکم شارع، ضرری متوجه شخصی نماید، آن حکم برداشته می‌شود و توسل به هر آنچه به عنوان بدیل حکم محسوب شود، مجاز اعلام می‌گردد. به این ترتیب، هرگاه اجرای عین تعهد، موجب ایراد ضرر نامتعارف به بدهکار باشد، وی می‌تواند با استناد به قاعده لاضرر، مانع صدور حکم به اجرای عین تعهد شود. اصرار بر اجرای عین تعهد به هر قیمت و تا زمانی که اجرای عین تعهد، امکان داشته باشد و منع استناد وی به قاعده فوق برای رجوع به روش‌های جبرانی دیگر، صرفاً به حقوق بدهکار آسیب نمی‌زند، بلکه حقوق بستانکار را نیز مورد تهدید قرار می‌دهد.

۳-۲. **منع سوءاستفاده حق:** مطابق اصل رومی: «کسی که از حق خود استفاده نماید، آسیبی نمی‌رساند» و نظر رایج و غالب میان حقوقدانان غربی تا پیش از قرن بیستم، کسی که

مالکی و حنبلی، توسل به آن را تنها در چارچوب عمومات شریعت که دلالت بر نفی ضرر و عسر و حرج دارد، به طور مشروط پذیرفته و صرفاً در موارد فقدان نص و اجماع، آن را وسیله شرعی برای استنباط احکام به شمار آوردند (۵۳). یکی از مشهورترین فقهای شافعی، مصلحتی را که ضروری و قطعی و کلی باشد، مجاز شمرده است (۵۴). فقها در مورد کاربرد مصالح مرسله در موردی که شارع، عمل مکلف را همراه با رعایت مصالح مربوط درخواست می‌نماید، اتفاق نظر دارند (۵۳). نظر برخی فقهای امامیه نیز - که البته بر روایات خاص در این زمینه (و نه بر مصلحت)، مبتنی است - مؤید چنین دیدگاهی است (۵۵).

**۲-۵. عدالت قضایی:** در قوانین موضوعه ایران، نصی که امکان اعمال صلاحیت قضایی درباره موضوعات مطرح نزد دادگاه را نشان دهد، دیده نمی‌شود. با این حال، یکی از شناخته‌شده‌ترین نویسندگان حقوق مدنی در مواردی که اجرای بدون کم و کاست قانون از سوی قضات به بی‌عدالتی منتهی می‌شود، مداخله قضایی را برای جلوگیری از بی‌عدالتی لازم شمرده و در موارد متعددی بر «عدالت قضایی» - که صلاحیت قضایی و کارکردهای آن را در ذهن تداعی می‌نماید - تأکید نموده است (۵۶). عدالت قضایی به مفهوم عام حقوقی، به معنای قدرت اجرای عدالت در یک مورد خاص در صورت صلاحیت برای کاهش خشکی و سختی قوانین حقوقی است (۵۷).

### نتیجه‌گیری

با اینکه از گذشته‌های دور، اجرای عین تعهد، مطابق قوانین، به عنوان یکی از ابزارهای تحقق عدالت مطلوب در جامعه، مورد احترام بوده و هنوز هم در نظام‌های معتبر و بزرگ حقوقی مورد توجه قرار دارد، پذیرفته شده است که اصرار بر اتخاذ چنین شیوه‌ای، عدالت واقعی را در همه موارد فراهم نمی‌آورد. برخلاف قرائت مشهور از مقررات حقوق ایران که در صورت نقض تعهد، الزام متعهد به اجرای عین تعهد، قاعده‌ای آمره و حد اقل جبران اصلی محسوب شده است، در نظام

حقوق خود را اعمال می‌کند، هرچند در اجرای آن به دیگری آسیب وارد نماید، مسئول به حساب نمی‌آید. به عبارت بهتر، صاحب حق می‌تواند با هر اندیشه‌ای که دارد و به هر صورت تا جایی که از حدود قانون تجاوز نکند، حق خود را به کار برد و نمی‌توان او را منع نمود. علاوه بر این هرگاه از کار مشروع او به دیگری خسارتی وارد شود، نمی‌توان عامل را مسئول جبران خسارت معرفی کرد (۴۹). با این حال در سده بیستم چنین دیدگاه مبالغه‌آمیزی به تدریج تعدیل شده و اعمال حق به عدم سوءاستفاده از آن محدود گردید (۵۰). سوءاستفاده از حق، عبارت است از اینکه شخص در مسیر اعمال و اجرای حقوق خود، زیانی به دیگری وارد نماید (۵۱). ماده ۲ قانون تعهدات سوئیس آن را به مثابه اصل کلی که بر حقوق به طور کلی حاکم می‌باشد، منع می‌نماید (۲). بر اساس ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه، هرگاه اجرای عین تعهد، منجر به سوءاستفاده از حق شود، بستانکار، حقی بر آن ندارد. در سوابق فقهی قانون مدنی ایران، هیچ‌گاه در مورد امکان ایجاد مسئولیت مدنی برای صاحب حق که در مقام اعمال آن، زیانی به دیگری وارد می‌سازد، تردیدی وجود نداشته است، چنانکه شأن صدور حدیث نبوی (ص) لاضرر و لاضرار، سوءاستفاده سمره بن جندب، نسبت به حق مواظبت از مال خود با عبور از ملک دیگری بوده است (۵۲). در این مورد، پیامبر اکرم (ص) ضمن صدور دستور کندن درختان نامبرده، مانع سوءاستفاده او از حق گردیده است. در حقوق کنونی نیز از آنجایی که مفاد هر حقی، کم و بیش به مبانی اجتماعی آن محدود می‌شود، به استناد اصل ۱۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۱۳۲ قانون مدنی، صاحب حق نمی‌تواند آن را به گونه‌ای به کار برد که موجب وارد شدن زیان به دیگری شود (۵۲).

**۲-۴. استصلاح:** استصلاح (مصالح مرسله)، منافعی است که شارع، حکمی بر اعتبار یا بی‌اعتباری آن صادر ننموده است، اگرچه دیدگاه‌های مذاهب اهل سنت در مورد حجیت مصالح مرسله در معاملات از رد مطلق تا پذیرش مطلق آن در صورت تعارض آن با نصوص و عدم امکان جمع میان آن‌ها را شامل می‌شود، اکثر علمای اهل سنت و از جمله رهبران مذهب

### تأمین مالی

نویسندگان اظهار می‌نمایند که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده‌اند.

### ملاحظات اخلاقی

در پژوهش حاضر جنبه‌های اخلاقی مطالعه کتابخانه‌ای شامل اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

حقوقی انگلیس، اجرای عین تعهد، به عنوان روش جبرانی ثانوی و صرفاً در مواردی که پرداخت خسارت، جبرانی ناکافی محسوب شود، از قبیل فروش زمین یا کالایی که منحصر به فرد باشد، مورد قبول واقع شده است. با این حال در هر دو نظام حقوقی مذکور، مواردی را می‌توان پیدا نمود که دادگاه می‌تواند به استناد آن‌ها از صدور حکم به اجرای عین تعهد خودداری نماید. در حقوق انگلیس در مواردی که اساساً اجرای عین قرارداد پذیرفته شده است، انجام آن، موجبات سختی شدید و غیر قابل توجیه برای خواننده یا حتی خواهان را فراهم نماید، مستلزم نظارت طولانی‌مدت دادگاه باشد و یا با انجام خدمات شخصی اعم از قرارداد کار و غیر از آن مرتبط باشد، دادگاه می‌تواند به صلاح‌دید خود از صدور حکم به اجرای عین قرارداد، خودداری ورزد. در حقوق ایران نیز دادگاه می‌تواند با استناد به قواعد نفی عسر و حرج، لاضرر، منع سوءاستفاده از حق و استصلاح از صدور چنین حکمی امتناع نماید.

### مشارکت نویسندگان

محمدعلی جعفری: جمع‌آوری اولیه داده‌ها.  
احمد اسفندیاری: نظارت بر اصلاح داده‌های اولیه، تحلیل، جهت‌دهی ایده پژوهش و تفسیر داده‌ها.  
سوسن نریمانی: کمک در تفسیر داده‌ها.  
نویسندگان نسخه نهایی را مطالعه و تأیید نموده و مسئولیت پاسخگویی در قبال پژوهش را پذیرفته‌اند.

### تشکر و قدردانی

ابراز نشده است.

### تضاد منافع

نویسندگان هیچ‌گونه تضاد منافع احتمالی را در رابطه با تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله اعلام نکرده‌اند.

## References

1. Taylor SSW. History of Philosophy from the Beginning to Plato. Tehran: Hekmat Publishing House; 2013. [Persian]
2. David R, Joufre Spinoza K. An Introduction to Comparative Law and the Two Great Contemporary Legal Systems. Tehran: Dadgostar Publishing; 2011. [Persian]
3. Farnsworth EA. Legal Remedies for Breach of Contract. Columbia Law Review. 1970; 70(7): 1145-1216.
4. Salmond J, Williams J. The Principles of the Law of Contracts. London: Sweet & Maxwell; 1945.
5. Treitel GH. Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. Oxford: Clarendon; 1988.
6. Vander Merwe SA. A Comparative Evaluation of the Judicial Discretion to Refuse Specific Performance. Stellenbosch: Stellenbosch University; 2014.
7. Peel E. Treitel's Law of Contract. London: Sweet & Maxwell; 2011.
8. Smits MHJ. Efficient Breach and the Enforcement of Specific Performance. Amsterdam: Law School LLM Privaatrecht; 2014.
9. Cavendish Research Board. English Legal System. Tehran: Mizan Legal Foundation; 2011. [Persian]
10. Sharpe RJ. Injunctions and Specific Performance. Toronto: Canada Law Book Limited; 1983.
11. Burrows A. Remedies for Torts and Breach of Contract. Oxford: Oxford University Press; 2004.
12. Copleston F. History of Philosophy. Tehran: Scientific and Cultural Publishing Company; 1989. Vol.1. [Persian]
13. Dehkhoda AA. Dictionary. Tehran: University of Tehran Printing and Publishing Institute, 1995. Vol.9. [Persian]
14. Nathan I. The Limits of Judicial Discretion. The Yale Law Journal. 1923; 32(4): 339-352.
15. Incorporated G. The Encyclopedia Americana. Danburg, Connecticut: Scholastic Library Publishing Inc; 2006. Vol.4.
16. Young PW, Webster C. The Subject Matter of Equity Jurisdiction. New South Wales: New South Wales Bar Association; 2007.
17. Ford CA. Judicial Discretion in International Jurisprudence: Article 38(1)(C) and General Principles of Law. Duke Journal of Comparatiw & Internnational Law. 1994; 5(35): 35-86.
18. Kronman AT. The Problem of Judicial Discretion. Journal of Legal Education. 1986; 36(4): 481-484. [English]
19. Shiner RA. Hart on Judcial Discretion. Anuario de Filosofíay Teoría del Derecho, núm. Universidad Nacional Autónoma de México. 2011; (5): 341-362.
20. Tusi MH. Al-Mabsut fi al-Fiqh al-Imamiya. Tehran: Al-Mortazavieh Library; 2009. Vol.2. [Arabic]
21. Maki Ameli M. Sharia Lessons in Imamia jurisprudence. Qom: Islamic Publications Office; 1997. Vol.3. [Arabic]
22. Heli H. Tazkereh al-Fiqh. Qom: Al-Bayt Foundation for the Revival of Heritage; 1993. Vol.10. [Arabic]
23. Mousavi Bojnord SH. Rules of Jurisprudence. Qom: Al-Hadi; 1998. Vol.5. [Arabic]
24. Jaziri A. Jurisprudence on the Four Religions, Beirut: Dar al-Kitab; 2004. Vol.2. [Arabic];
25. Zahili W. Islamic Jurisprudence and it's. Evidence. Damascus: Dar al-Fikr; 2008. Vol.4. [Arabic];
26. Jaabi-Ameli Z. An Explanation of al-Lomaa al-Dimashqiah. Tehran: Written by Abd al-Rahim; 1892. Vol.2. [Arabic]
27. Najafi MH. Jawaher al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam. Tehran: Dar al-Kitab; 1987. Vol.23. [Arabic]
28. Ansari M. Kitab al-Makasib. Tabriz: Ettelaat Press; 1957. [Arabic]
29. Imami SH. Civil Law. Tehran: Islamic Bookstore; 1994. Vol.1. [Persian]
30. Katouzian N. Civil Law, General Rules of Contracts. Tehran: Enteshar Company; 1998. Vol.4. [Persian]
31. Badini H, Forouzanpour Hosseini F. An Analytical Approach to the Possibility of Terminating a Contract Despite the Possible Fulfillment of the Same Obligation (in German and Iranian Law). Legal Studies Quarterly. 2013; 10(1): 37-59. [Persian]
32. Sadeghi Neshat A. Termination of Contracts with Possibility of Enforcement. Private Law Studies Quarterly. 2010; 39(4): 297-314. [Persian]
33. Sobhani J. Al-Mukhtar fi Haqam al-Khiyar. Qom: Al-Imam al-Sadiq Institute; 1994. Vol.1. [Arabic]
34. Spry ICF. The Principles of Equitable Remedies. London: Sweet & Maxwell; 1997.
35. Hogg M. Promises and Contract Law: Comparative Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press; 2011.

36. Pound R. The development of American Law and its deviation from English law. *Law Quarterly Review*. 1951; 49(67).
37. Phang A. Specific performance - exploring the roots of settled practice. *The Modern Law Review*. 1998; 61(3): 421-432.
38. Deakin S. The contract of employment: A study in legal evolution. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge. Working Paper. 2001; No.203.
39. Freedland MR. *The Contract of Employment*. Oxford: Clarendon Press; 1976.
40. Beale HG. *Chitty on Contracts I: General Principles*. London: Sweet & Maxwell; 2012.
41. Jones G, Goodhart W. *Specific Performance*. London: Butterworths; 1996.
42. Safipour A. *The End of the Arabs in the Arab Language*. Tehran: No Name; 1297. Vol.1. [Arabic]
43. Naraghi A. *Awaid al-Ayyam*. Tehran: No Name; 1999. [Arabic]
44. Mousavi Bojnourdi SM. *Rules of Jurisprudence*. Tehran: Majd Scientific and Cultural Association; 2006. [Persian]
45. Mohaghegh Damad SM. *Rules of Jurisprudence of Civil*. Tehran: Samt Publications; 2001. Vol.2. [Persian]
46. Makarem Shirazi N. *Rules of Jurisprudence*. Qom: Ali Ibn Abi Talib School Publications; 2006. [Persian]
47. Gorji A. *Ayat al-Ahkam*. Tehran: Mizan Publications; 2006. [Persian]
48. Mehrpour H, Ghanizadeh M. The Status of the Wife in Relation to the Property Acquired During the Joint Life. *Private Law Studies Quarterly*. 2012; 42(27): 303-320. [Persian]
49. Katouzian N. *Civil Liability*. Tehran: University of Tehran Press, 1990. [Persian]
50. Cueto-Rua J. Abuse of Rights. *Louisiana Law Review*. 1975; 35(5): 965-1013.
51. Garner BA. *Black's Law Dictionary*. Tehran: Mizan Publications; 2009. [Persian]
52. Safaie SH, Rahimi H. *Civil Liability*. Tehran: Samt Publications; 2011. [Persian]
53. Afshin KH, Salarzai AH, Kikha MDR. Assessing the Conformity of Government Decrees with the Submissions in Contemporary Jurisprudence. *Journal of Contemporary Jurisprudence Bi-Quarterly*. 2020; 8(15): 5-35. [Persian]
54. Ghazali M. *Al-Mustasfa from the Science of Osoul*. Beirut: Dar al-Kitab al-Almiya; 1993. [Arabic]
55. Makarem Shirazi N. *Anwar al-Osuol*. Qom: Imam Ali Ibn Abitaleb School; 2003. Vol.2. [Arabic]
56. Katouzian N. *Judicial Justice, Elected Deccesions*. Tehran: Dadgostar Publishing; 2008. [Persian]
57. Kevin CK. *Equitable Remedies and Principled Discretion: The Michigan Experience*. *Mercy Law Review*, Detroit University. 1997; 74(4): 609-656.