

## اجرای اجباری تعهد در برابر نقض قرارداد از دریچه حقوق مصر و فقه اهل سنت

غلامحسین افراش\*، دکتر حمید میری\*\*، سامان متقی شهری\*\*\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۹/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۲۵)

### چکیده

چه در حقوق مصر و چه فقه اهل سنت، در صورت نقض قرارداد، نخستین حق متعهد، درخواست اجرای اثر اصلی پیمان است. از همین روی از سوی قانونگذار و شارع اسلامی، بر پایه گونه‌ی تعهد قراردادی، شیوه‌هایی پیش‌بینی شده است. بدین سان، گاه تعهد قراردادی به خواست قانون پدید می‌آید هرچند متعهد آن را نخواهد، گاه حکم دادگاه پدیدآورنده‌ی آن است هرچند متعهد در هیچ‌یک از نشست‌های رسیدگی حاضر نشود، گاه از دارایی متعهد به عنوان ابزاری برای انجام تعهد بهره‌برداری گشته و گاه که تعهد جز از راه فعل متعهد پدیدآمدنی نیست، با کاربست زور و فشار پدیدار خواهد شد. با وجود این، واپسین شیوه در حقوق مصر چندان شناسایی نگردیده است اگرچه در قلمرو فقه عامه ابزارهای گوناگونی در این شیوه بکار بسته می‌شود.

### کلیدواژگان

اجرای اجباری تعهد، شیوه‌های مستقیم و نامستقیم، هشدار.

\* نویسنده‌ی مسئول: گروه حقوق، واحد بوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، بوشهر، ایران

رایانامه: gh.afrash@gmail.com

\*\* استادیار، گروه الهیات، دانشگاه گنبد کاووس، گنبد کاووس، ایران

\*\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

این نوشتار برگرفته از طرح پژوهشی با نام «شیوه‌های جبرانی در برابر نقض قرارداد در حقوق مصر و فقه اهل سنت»

بوده که در دانشگاه آزاد اسلامی واحد بوشهر به انجام رسیده است.

## دیباچه

هنگامی که قراردادی بسته می‌شود، دو سوی قرارداد بدان رضایت داشته‌اند خواه این رضایت از سوی یک طرف، به گونه‌ی خشنودی درونی باشد و برای دیگری، لبخندی ظاهری. زین پس، نخستین چشم‌داشت آنان، انجام مفاد قرارداد با همان رضایت است که وفای به عهد خوانده می‌شود. تصریح این امر از نخستین بایسته‌هایی است که آیین دینی و قانون بدان تصریح داشته‌اند هم‌چنان‌که در قرآن کریم، پروردگار، ایمان‌آوردگان را به وفای به عهد خویش دستور داده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ<sup>۱</sup>». در قلمرو نظام حقوقی مورد بحث ما نیز ماده‌ی ۱۴۷ قانون مدنی نوین مصر، با الگوبرداری از قانون مدنی فرانسه، قرارداد را به مانند قانون میان دو سوی آن به شمار آورده است که در هر صورت می‌بایست بدان گردن نهاده شود و بدین سان، جز در موارد استثنایی، این قانون دگرگونی‌پذیر یا از میان رفتنی نخواهد بود.

اگرچه در آغاز، از نگاه شارع اسلامی و قانون‌گذار مدنی، آنچه مورد پسند است، انجام تعهد قراردادی با گونه‌ی داوطلبانه از سوی متعهد است ولی، حتی اگر چنین میلی نیز نباشد، حق بستانکار نادیده گرفته نشده است. پای فشاری فقه اسلامی<sup>۲</sup> و حقوق موضوعه بر اجرای اجباری تعهد به عنوان روشن‌ترین و پذیرفته‌شدنی‌ترین قاعده‌ی مشترک، نخستین شیوه‌ای است که در برابر سرپیچی از انجام تعهد بر شخص سرکش قراردادی بکار بسته می‌شود. بدین سان، به ویژه در فقه اسلامی، کوشش این است که با بهره‌گیری از ابزارهای گوناگون، انجام تعهد روی دهد، از اقدام مستقیم اجرایی گرفته تا زندانی کردن متعهد و در قلمرو قانون نیز بر پایه‌ی مقتضیات زمان، از روش‌هایی تا اندازه‌ای هم‌سان بهره‌گرفته شده است.

با وجود این، باید اشاره داشت که خلاف حقوق مصر که اجرای اجباری تعهد در کنار امکان فسخ و گرفتن خسارت، شیوه‌های جبرانی فراگیری در برابر نقض قرارداد به شمار می‌آیند، در

۱. سوره‌ی مائده، آیه‌ی ۱.

۲. در هر کجای این نوشتار واژگان «فقه اسلامی» بکار برده شد، بر پایه‌ی هسته‌ی این نوشتار، منظور «فقه اهل سنت» است.

قلمرو فقه اهل سنت حتی، در پژوهش‌های نوینی (عطیه‌بن محمد سالم، بی‌تا، ۷<sup>۱</sup>) که به گونه‌ی ویژه به اهمیت فقه قراردادها نگریسته و در راستای تطبیق قوانین وضع شده با فقه اسلامی تلاش کرده‌اند، چیزی جز پای فشاری بر اجرای اجباری تعهد دیده نمی‌شود. از این روی، در این نوشتار، در کنار بررسی شیوه‌های جبرانی در برابر نقض قرارداد، شرایط و گونه‌های آن‌ها، به دلیل نزدیکی حقوق مصر با فقه عامه، به بررسی این امر نیز خواهیم پرداخت که در فقه اهل سنت در این زمینه، چه راه‌کارهایی پیش‌بینی شده است. از این روی، در بخش نخست این نوشتار به بررسی کلیاتی در زمینه‌ی شیوه‌های جبرانی در برابر نقض قرارداد در قلمرو نظام‌های مورد گفتگو پرداخته و در بخش دیگر، به کنکاش پیرامون اجرای اجباری تعهد دست خواهیم زد.

گفتنی است که پژوهش انجام گرفته در چهارچوب دو مقاله‌ی جداگانه که یکی از آن‌ها به بررسی اجرای اجباری پرداخته و دیگری، فسخ و خسارت را بررسی می‌نماید، ارایه خواهد گردید.

## کلیات

**انجام تعهد قراردادی به گونه‌ی کلی: انجام تعهد از راه اجرای عین آن و یا از راه انجام جانشین**

از نگاه قانون‌گذار مصری، اجرای تعهد قراردادی، گاه به گونه‌ی عینی روی دهد که در اصطلاح بدان «اجرای عین تعهد»<sup>۲</sup> گفته می‌شود (ماده‌ی ۲۰۳ ق.م.ن.) و یا این‌که، اگر متعهد به تعهد خویش وفا نکند، در برابر زیانی که به دلیل انجام نیافتن تعهد بر بستانکار رفته یا منفعتی که وی از کف داده است، پاسخ‌گو خواهد بود که در اصطلاح بدان «اجرای جانشین عین تعهد»<sup>۳</sup> گفته می‌شود (ماده‌ی ۲۱۵ ق.م.ن.). از این روی، اجرای تعهد از راه انجام عین آن یا از راه اجرای جانشین

۱. دروس صوتیه قام بتفریغها موقع الشبكة الإسلامية: <http://www.islamweb.net>

۲. التنفيذ العینی.

۳. التنفيذ بطریق التعویض.

دو شیوه‌ی جبرانی است که در حقوق مصر در برابر زیرپای گذاشتن تعهد از آن‌ها سخن گفته می‌شود. البته، باید در یاد داشت که گاه انجام تعهد از راه اجرای جانشین آن، به گونه‌ی عینی روی می‌دهد. برای نمونه، در جایی که کسی متعهد به انجام ندادن کاری شده، چنانچه خلاف آن را انجام دهد، اگر از میان بردن آنچه خلاف تعهد خویش انجام داده است، شدنی باشد، شیوه‌ی جانشین انجام تعهد به گونه‌ی عینی یعنی، از راه ازمیان بردن آنچه در ناسازگاری با تعهد انجام یافته، روی خواهد. در برابر این، در جاهایی که کاربست شیوه‌ی جانشین عینی‌ای بکاربستی نیست، حکم به پرداخت مبلغی پول به عنوان خسارت می‌شود (سنهوری، ۱۳۷۵ه.ق، ۶۷۴-۶۷۵). البته، اگرچه همین دسته‌بندی را می‌توان درباره‌ی فقه اسلامی نیز بکاربست ولی، از آنجا که گفته شد، فسخ و خسارت اصولاً در جرگه‌ی شیوه‌های جبرانی در برابر نقض قرارداد به شمار نرفته‌اند، چنین دسته‌بندی‌ای در فقه نمی‌توان یافت.

### ترتیب کاربست شیوه‌های جبرانی در برابر نقض تعهد قراردادی

#### در قلمرو قانون

بر پایه‌ی ماده‌ی ۱۴۷ ق.م.ن.<sup>۱</sup>، قرارداد قانون میان طرفین به شمار آمده و چنانچه اجرای تعهد قراردادی شدنی باشد، بر آنان بایسته است که در هر حالتی به انجامش گردن نهند. در همین راستا، نخستین بند از ماده‌ی ۲۰۳ ق.م.ن. می‌آورد: «پس از دادن هشدار انجام تعهد به متعهد... چنانچه شدنی باشد، متعهد به انجام عین آن ملزم می‌گردد». از این ماده‌ی به روشنی بر می‌آید که بر پایه‌ی حقوق قراردادهای مصر، اصل انجام عین مفاد قرارداد است که پیشتر گفته شد، بدان انجام تعهد از راه انجام عین آن گفته می‌شود. بدین‌سان، تا آن هنگام که انجام تعهد شدنی است، نه بستانکار را توانایی درخواست خسارت از متعهد است و نه این‌که متعهد می‌تواند به جای انجام عین تعهد، پرداخت خسارت را برگزیند هم‌چنان‌که دادگاه پژوهش مصر در حکمی به سال ۱۹۷۹ آشکارا

۱. زین‌پس قانون مدنی نوین مصر.

مقرر نمود: «مفاد بند یکم ماده‌های ۲۰۳ و ۲۱۵ قانون مدنی و نیز آنچه که از گفتار توضیح‌دهندگان<sup>۱</sup> آن در این زمینه برمی‌آید، این است که همانا اصل انجام عین تعهد بوده و جز در صورت ناممکن شدن انجام آن، به پرداخت خسارت دگرگون نخواهد شد و از این روی، درخواست بستانکار برای گرفتن خسارت در حالی که بدهکار پیشنهاد انجام عین تعهد را داده است، آن هم هنگامی که انجام آن شدنی بوده، پذیرفتنی نخواهد بود و بستانکار نمی‌تواند چنین درخواستی را نپذیرد زیرا، گرفتن خسارت، تعهد تخیری یا بدل انجام اجباری تعهد به شمار نمی‌آید<sup>۲</sup>. ... اکنون، اگر دادگاه با این که بدهکار آماده‌ی انجام عین تعهد است، در حالی که بستانکار بر گرفتن خسارت پای می‌فشارد، به دفاع بدهکار که همانا دفاع ماهوی به شمار می‌آید، ننگرد و با این که انجام تعهد شدنی بوده، بدون احراز از میان رفتن عین تعهد یا نبود اراده‌ی جدی بر انجام آن حکم به پرداخت خسارت دهد، این حکم خلاف قانون به شمار خواهد آمد<sup>۳</sup>».

با این حال، باید افزود که اگرچه پیرامون ترتیب کاربست شیوه‌های جبرانی، قاعده چنین است ولی، دو سوی پیمان می‌توانند به جای اجرای عین تعهد به اجرای شیوه‌ی جانشین آن توافق نمایند. چنین توافقی گاه به گونه‌ی آشکار روی داده و گاه به گونه‌ی ضمنی هم‌چون این‌که، اگر متعهد آماده‌ی انجام تعهد باشد ولی، بستانکار آن را نپذیرفته یا این‌که، با وجود امکان اجرا، انجام تعهد را نخواهد و به جای آن، به دیگر شیوه‌های جبرانی دست‌یازد و بدهکار نیز به این خواسته‌ی وی اعتراضی ننماید در این سان، می‌توان گفت که انجام عین تعهد به دیگر شیوه‌ی جبرانی دگرگون شده زیرا، راست است که بدین سان توافقی ضمنی میان دو سوی قرارداد در این باره روی

۱. المشروح الايضاحي.

۲. به دیگر سخن، انجام تعهد چه به گونه‌ی عینی باشد چه از راه انجام جانشین آن، یک چیز به شمار می‌آید و دگرگون نمی‌شود بلکه، چیزی که تغییر می‌کند، موضوع تعهد است؛ سنه‌وری، المصدر السابق، حاشیه ۱، ۷۷۰.

۳. رای شعبه‌ی پژوهش مدنی به تاریخ ۲۰ نوامبر ۱۹۷۹ و با همین معنا؛ رای شعبه‌ی پژوهش مدنی به تاریخ ۲۵ می ۱۹۷۶ و نیز رای همین شعبه به تاریخ ۲۶ فوریه ۱۹۷۰.

داده است. پس، گریز از کاربست قاعده، تنها با توافق شدنی است نه اراده‌ی یک‌سویه بستانکار یا بدهکار (محمدحبيب، ۲۰۰۴، ۳۴-۳۵). اکنون، اگر بستانکار اجرای عین تعهد را نخواهد در حالی که بدهکار بر اجرای آن گردن نهد، روشن است که نوبت به شیوه‌های جبرانی نخواهد رسید زیرا، متعهد با انجام تعهد از زیربار مسئولیت رها خواهد شد و اگرهم حالتی باشد که انجام تعهد نیاز به دخالت بستانکار داشته باشد، چنانچه انجام تعهد ممکن نگردد، تقصیری از این باب به بدهکار نسبت دادنی نبوده و به دیگر سخن، سبب انجام نیافتن تعهد خود متعهدله به شمار خواهد رفت. ولی، اگر بستانکار انجام عین تعهد را بخواهد در حالی که متعهد از انجام آن سرباز می‌زند، بر پایه‌ی ماده‌ی ۲۰۳ ق.م.ن. بر آن ملزم می‌گردد که این همان اجرای اجباری تعهد خواهد بود. پس از این، اگر بکاربستن اجبار نیز سودی نداشته باشد، بستانکار می‌تواند خسارت بخواهد و به دیگر سخن، تنها با ناممکن گشتن اجرای عین تعهد خواه به دلیل از میان رفتن موضوع به دلیل تقصیر متعهد باشد یا نتیجه ندادن واداشتن متعهد به انجام آن، نوبت به شیوه‌های جانشین انجام عین تعهد می‌رسد که در این حالت، معمول این است که دادرس به پرداخت پول حکم می‌دهد، اگرچه می‌تواند بر پایه‌ی شرایط و درخواست بستانکار متعهد را مکلف به پرداخت چیز دیگری بنماید هم چون این‌که، کسی متعهد به نگاهداری از چیزی بوده ولی، در این امر کوتاهی کرده و دزدی آن را بر باید که در این سان، بستانکار می‌تواند الزام وی را به دادن مانند آن بخواهد. در همین راستا ماده‌ی ۲۱۵ ق.م.ن. می‌آورد: «اگر برای متعهد انجام عین تعهد شدنی نباشد، به سبب انجام ندادن تعهد حکم به انجام جانشین تعهد در برابر وی صادرخواهد شد...». البته، اگرچه حکم این ماده تنها به بیان امکان دست‌جستن به شیوه‌های جانشین انجام عین تعهد بسنده نموده و چیزی درباره‌ی گونه‌های آن نگفته است با این حال، با درخواست بستنکار امکان دست‌جستن به شیوه‌های غیرپولی<sup>۱</sup> هست، هرچند دادگاه الزامی برای صدور چنین حکمی نداشته و چه بسا، بر پایه‌ی مناسب‌تر دیدن، به پرداخت پول حکم دهد. به هر روی، تفاوت صدور حکم به کاربست شیوه‌ی

---

۱. التعویض العيني.

عینی به عنوان نوعی از شیوه‌های جانشین عین تعهد نسبت به اجرای اجباری تعهد این است که مورد نخست به گونه‌ی کامل بستگی به صلاح دید دادرس داشته در حالی که با بسته شدن قرارداد و برخاستن تعهدی از آن، دادگاه نمی‌تواند جز بر اجرای اجباری تعهد حکم دهد تا آن هنگام که انجامش شدنی باشد (المصدر السابق، ۳۴-۳۵). دادگاه پژوهش مصر نیز در شماری از آراء خود این گونه مقرر نموده است: «اگر بر پایه‌ی شرایط پرونده روشن باشد که قراردادی بسته شده و تعهدی از آن برخاسته است، اگر متعهد به تعهد خویش وفا ننماید، دادرس می‌تواند به شیوه‌های جانشین انجام تعهد که شیوه‌ی غیرپولی (عینی) حکم دهد و هم‌چنان‌که شعبه‌ی مدنی در رای به سال ۱۹۷۷ مقرر نموده، انجام تعهد به صورت انجام عین آن است و از این روی، یا متعهد به انجام آن اقدام کرده یا خودداری نموده که در این سان، بستانکار سزاوار درخواست اجرای تعهد از راه اجرای جانشین آن است که این امر نیز یا از راه پرداخت پول انجام می‌گیرد یا غیر آن».

با این حال، آنچه که درباره‌ی ترتیب میان اجرای اجباری تعهد به عنوان راه‌کاری برای انجام عین تعهد و شیوه‌های جانشین عین تعهد هم‌چون پرداخت خسارت گفتیم، به حق برهم‌زدن پیمان با نقض تعهد گسترش نخواهد یافت هم‌چنان‌که ماده‌ی ۱۵۷ بدان اشاره دارد که بدین‌سان، با انجام نیافتن تعهد، طرف دیگر قرارداد می‌بایست میان درخواست اجرای تعهد و اعمال شیوه‌های وادارکننده در راستای رسیدن بدان و برهم‌زدن قرارداد یکی را برگزیند. ممکن بودن فسخ قرارداد با نقض تعهد ریشه در مبنای نظری‌ای دارد که حقوق مصر بر آن استوار شده است که در نوشتار دوم بدان خواهیم پرداخت.

#### در قلمرو فقه اهل سنت

امر روشن این است که در قلمرو فقه اهل سنت، به دلیل پای‌فشاری شارع بر وفای به تعهدات، چنان‌چه قرارداد درست و لازم باشد، انجام آن بر دو آن بایسته است و این حکم به اندازه‌ای

۱. رای شعبه‌ی پژوهش مدنی در تاریخ ۱۰ می ۱۹۷۷؛ رای شعبه‌ی پژوهش مدنی به تاریخ ۱۰ نوامبر ۱۹۷۰ و ۲۸ مارس ۱۹۶۳.

ارزش داشته که اگر متعهد خود بدان گردن نهد، وادار به انجام آن می‌گردد زیرا، در پیمانی که دو سوی آن بر بستن پیمان خرسند بوده و بر پایه‌ی این، قرار را بر این امر گذارده‌اند که هر یک از آنان، به انجام آنچه که بر پایه‌ی قرارداد نسبت بدان متعهد شده است، اقدام نماید اکنون، اگر یکی از آنان آزادانه به تعهد خویش گردن نهد، به انجامش وادار خواهد شد (المصدر السابق، ۱۶۰-۱۶۱). چنین رویکردی در فقه اسلامی سبب شده است که همه‌ی نگاه‌ها به سوی کاربست شیوه‌های انجام عین تعهد که در سان خودداری از وفای به عهد به گونه‌ی اجرای اجباری نمود می‌یابد، متمرکز شود به گونه‌ای که می‌توان گفت که در فقه نمی‌توان در کنار شیوه‌های اجرای عین تعهد از شیوه‌های جانشین آن سخن گفت. بدین سان، شگفت‌آور نیست که در نوشته‌های فقیهان، بایی درباره‌ی شدنی بودن گرفتن خسارت در برابر زیرپای گذاشتن تعهد دیده نمی‌شود. هم‌چون این، خلاف حقوق مصر که دیدیم به امکان برهم‌زدن پیمان با نقض تعهد تصریح دارد، در فقه اهل سنت اصولاً برهم‌زدن قرارداد حقی برای طرف دیگر به شمار نیامده است. به هر روی، بررسی دلیل یا دلایل چنین رویکردی و نیز تلاش برای ارایه‌ی رویکردی نوین در این‌باره را در نوشتار دوم خواهیم دید.

## اجرای اجباری تعهد

### در قلمرو حقوق مصر

از دید تاریخی، اگرچه قانون‌مدنی ملی مصوب ۱۸۸۳ و قانون‌مدنی مختلط مصوب ۱۸۷۵<sup>۱</sup> مصر

۱. از آنجا که کشور مصر در برهه‌ای از تاریخ زیر بار استعمار بوده و از این روی، قانون‌گذاری نیز متأثر از این امر بوده است. فرآیند قانون‌گذاری استعمارگران و بنا نهادن تشکیلات قضایی تمام بیگانه از سال ۱۸۴۰ در این کشور شکل گرفت و نخستین تشکیلات قانونگذاری که مختلط نامیده شده‌اند که دلیل این نامگذاری، بهره جستن این دادگاه‌ها از قوانین و دادرسان بیگانه از کشورهایی هم‌چون دانمارک، فرانسه، بلژیک آلمان، انگلستان، یونان، ایتالیا، پرتغال و روسیه بوده است به گونه‌ی فراگیری در سال ۱۸۷۵ برقرار شد به گونه‌ای که در این زمینه، دادرس هلندی، «فان بلمن» این‌گونه بیان نمود: «بودن دادگاه‌های مختلط رکن نیرومندی در پی‌گرفتن استعمارگری استعمارگران در این کشور بوده

دگرگونی شگرفی در حقوق این کشور پدید آوردند ولی، راست این است که این قوانین جز برداشتی صرف از قوانین مدنی بیگانه به ویژه، قانون مدنی فرانسه چیز دیگری دربر نداشتند. از این روی، چندان شگفت آور نبود که در متن این قوانین چیزی درباره‌ی اجرای اجباری تعهد دیده نمی‌شد چرا که "کد ناپلئون" دربردارنده‌ی چنین امری نبود به این دلیل که واداشتن متعهد بر انجام دادن یا ندادن کاری خلاف میلش روا دانسته نمی‌شد. بر پایه‌ی این، مواد ۱۱۷ و ۱۷۳ ق.م.پ.<sup>۱</sup> مقرر می‌نمودند: «اگر متعهد از وفای به تعهد خویش سرباز زند، بستانکار می‌تواند میان گرفتن خسارت و برهم‌زدن قرارداد یا میان گرفتن خسارت در برابر بخشی که انجام نیافته است و فسخ قرارداد یکی را گزینش نماید». از این مواد به خوبی برمی‌آید که در حالت انجام نشدن تعهد تنها حقی که بستانکار دارد، گرفتن خسارت یا برهم‌زدن قرارداد است و این چیزی جز بازداشتن متعهدله از اصلی‌ترین حقی که بر پایه‌ی قرارداد به دست می‌آورد، یعنی، حق پای‌فشاری و درخواست انجام تعهد محروم خواهد ماند.

با وجود این، در هنگام جریان این قوانین، دکترین حقوقی و رویه‌ی قضایی پی به این کاستی برده و در راستای برقراری توازن میان قرارداد و شیوه‌های جبرانی در برابر نقض آن گام برداشتند هم‌چنان‌که رویه‌ی قضایی این کشور، در عمل، برای واداشتن متعهد به انجام تعهدش از جریمه‌ی مالی بهره می‌گرفت (محمد حبیب، *المصدر السابق*، ۱۰۶).

به هر روی، در سال ۱۹۴۹، با تصویب قانون مدنی نوین، به حق متعهدله برای واداشتن متعهد به انجام تعهد تصریح و بند یکم ماده‌ی ۲۰۳ این‌گونه مقرر نمود که: «متعهد پس از خودداری از

---

است». با این حال، با پی‌گیری سیاستمداران و دادرسان مصر، در سال ۱۸۸۳ نخست دادگاه‌های ملی بنا نهادند که به دادگاه‌های ملی نامیده شدند، دادگاه‌هایی که دادرسان آن‌ها مصری و عرب‌زبان و بیشتر دانش‌آموخته‌ی اروپا بودند و پس از آن، قانون مدنی ملی در ۲۸ اکتبر ۱۸۸۳ به تصویب رسید. برای بدست آوردن آگاهی بیشتر در این زمینه ببینید؛ رازانی، ۱۳۷۸، ۳۶-۵۲.

۱. قانون‌های مدنی پیشین (مختلط و ملی).

انجام تعهد پیرو مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ بر انجام تعهد وادار می‌گردد تا آن هنگام که انجام تعهد ممکن باشد. نیاز به گفتن است که هم‌اینک، قوانین عربی بسیاری به اجرای اجباری تعهد تصریح دارند (امخان<sup>۱</sup>، ۱۹۹۴ (الف)، ۳۲۶).

### در قلمرو فقه اهل سنت

همان‌گونه که گفته شد، در فقه اهل سنت نگاه کهنه این است که اجرای اجباری تعهد، شیوهی نخست و به سخنی درست‌تر، تنها شیوهی جبرانی در برابر نقض قرارداد به شمار می‌آید. البته، اگرچه فقها از این حق زیر چنین نامی سخن نگفته‌اند ولی، به گونه‌ی معمول، واژه‌ی «ضمان» در نوشتار آنان دربرگیرنده‌ی اجرای اجباری نیز شده است (همان، ۳۲۵). به هر روی، جدای از دلایل نقلی<sup>۲</sup>، برخی از نصوص نیز تاییدکننده‌ی این گفته هستند که آنچه در فقه به عنوان شیوهی جبرانی در برابر انجام ندادن تعهد شناخته می‌گردد، اجرای اجباری بوده، فسخ و گرفتن خسارت در آن راهی ندارد هم‌چنان که ماده‌ی ۵۳ مجله *الاحکام/العدلیه* که استوار است بر فقه حنفی، این‌گونه بیان می‌دارد: «اگر اصل از میان رود، تبدیل به بدل می‌گردد<sup>۳</sup>» و معنای این واژگان پیرامون قراردادهای چنین است که در همه‌ی تعهدهای قراردادی، وفای عین تعهد بایسته است، اگر انجامش ممکن باشد و از این روی، دگرگونی انجام عین تعهد به انجام جانشین آن مجاز نیست مگر آن‌که، وفای

#### I. Amkhan

۲. آیه‌ی ۱۵۲ سوره‌ی انعام و نیز پیامبر گرامی اسلام نیز فرموده‌اند: «هر کس اموال مردم را بگیرد و قصد پرداخت آن را داشته باشد خداوند آن را بپردازد (او را یاری می‌کند) و هر کس اموال مردم را بگیرد و قصد تلف کردن داشته باشد خداوند آن را تلف کند. این فرموده‌ی پیامبر تشویقی است برای رعایت حسن نیت و پرهیز از بدنیتی در راستای انجام تعهد خواه قرض باشد یا قرارداد دیگری».

۳. شرح‌دهندگان این مجله پیرامون ماده‌ی یاد شده گفته‌اند؛ از این ماده این‌گونه برداشت می‌شود، تا هنگامی که دادن اصل مال شدنی است، ممکن نیست بدل آن را بی‌رضایت صاحب حق به وی داد زیرا، دادن اصل همان ادای تعهد به شمار آمد در حالی که انجام کاری خلاف این با وجود امکان انجام تعهد جایز شمرده نمی‌گردد. از این روی، بر غصب‌کننده بایسته است که اصل مال را بازگرداند نه بدلش را: امین أفندی، ۱۴۱۱.ق.، ۵۵.

اصل تعهد شدنی نباشد و اصل تعهد همان انجام عین آن است و از اینجا به خوبی بر می‌آید که تا انجام عین تعهد ممکن است، نوبت به درخواست گرفتن خسارت و برهم زدن قرارداد نمی‌رسد (محمد حبیب، المصدر السابق).

برخی از پژوهشگران (زهران<sup>۱</sup>، ۲۰۰۰، ۳۱۷) پای فشاری اسلام را بر اجرای حتمی تعهد تا جایی که ناممکن شود، بر دو پایه‌ی توجیه نموده‌اند؛ یکم این‌که، نقض ناموجه الزامات قراردادی به مانند زیرپای گذاشتن تکلیفی است که هم از دید اسلام ناروا بوده و هم از دید اخلاق پذیرفتنی نخواهد بود. دوم این‌که، در جاهایی، بستن قرارداد سبب جابجایی بی‌درنگ مالکیت مال معین از فروشنده به خریدار می‌گردد و از این روی، فروشنده چاره‌ای جز دادن مال دیگری به وی نخواهد داشت.

### شرایط اجرای اجباری تعهد

#### ممکن بودن

#### در حقوق مصر

اگر روشن شود که انجام تعهد ناممکن گشته است خواه دلیل آن پیدایش سبب خارجی باشد یا خطای متعهد، دیگر شانس برای درخواست انجام عین تعهد برجای نمی‌ماند و تنها، اگر سبب ناممکن شدن، تقصیر متعهد باشد، بستنکار می‌تواند خسارت بخواهد.

پیرامون ناممکن گشتن انجام تعهد باید میان دو حالت جدایی افکند؛ یکم، حالتی که ناممکن شدن انجام تعهد موضوعی یا مطلق است که در این فرض تفاوتی نمی‌کند که سبب این عدم امکان، امری مادی باشد، طبیعی یا قانونی هم‌چون این‌که وکیلی تعهد به پژوهش‌خواهی نموده باشد ولی، به دلیل کوتاهی، فرصت پژوهش‌خواهی از دست برود. برآیند با رخداد این فرض اجرای تعهد ناممکن گشته و از این روی، امکان درخواست اجرای اجباری برجای نمی‌ماند. دوم، گاه ناممکن شدن انجام تعهد نسبی یا شخصی است به این معنا که تنها نسبت به متعهد با در نظر

گرفتن شرایط ویژه‌ی قرارداد ناممکن شمرده شود در حالی که کس دیگری توانایی انجام آن را دارد هم‌چون این‌که، شخصی به عنوان نقّاش متعهد به کشیدن نمایی شود در حالی که از بنیان‌های کار نقّاشی چیزی نمی‌داند که ناگفته پیداست، هر چند در این حالت متعهد را توانایی انجام آن کار نیست ولی، بستانکار می‌تواند به هزینه‌ی متعهد انجام آن را به دیگری واگذارد. چنین ناممکن شدنی دربر مواردی نخواهد رفت که سبب پیدایش امکان درخواست اجرای اجباری تعهد می‌گردد زیرا، راست است که در چنین فرضی تعهد ناممکن نشده است.<sup>۱</sup> پس، آنچه زیر نام ناممکن شدن اجرا قابل بررسی است، پیدایش فرض ناممکن شدن مطلق است.

چنانچه انجام تعهد ناممکن گردد، قرارداد منحل شده و همه‌ی تعهدات برخاسته از آن از میان‌رفته و مجالی برای اجرای اجباری نمی‌ماند. البته، اگر ناممکن شدن انجام تعهد برخاسته از سبب خارجی و پیرامون بخشی از تعهد بوده، به همان اندازه، تعهد متعهد از میان‌رفته شمرده می‌گردد هر چند بستانکار می‌تواند میان فسخ قرارداد و یا درخواست انجام بخشی که انجامش ممکن است، یکی را برگزیند در حالی اگر ناممکن شدن به دلیل پیدایش سبب خارجی نباشد، امکان درخواست خسارت نیز برای بستانکار در دسترس است هم‌چنان‌که بند سوم ماده‌ی ۵۶۹ بدان اشاره دارد.

#### در فقه اهل سنت

اگرچه در فقه اسلامی، دیدگاه فراگیری پیرامون قوه‌ی قاهره موجود نیست، با این حال، بهره‌گیری از واژگانی هم‌چون "کار پروردگار"، "آفات آسمانی" و "عذر" البته، درباره‌ی برخی از گونه‌های

۱. در جایی که موضوع تعهد پرداخت پول است، درست نیست که گفته شود با اعسار بدهکار انجام تعهد ناشدنی می‌گردد زیرا، معنای ناممکن شدن انجام تعهد دشوار شدن پرداخت بدهی به دلیل پیدایش اعسار نیست بلکه، منظور این است که امکان انجام به گونه‌ی مطلق یعنی، در هر حالتی ناممکن شود. از این روی، هر چند سبب معسر شدن بدهکار پیدایش قوه‌ی قاهره باشد، چنین امری سبب زوال تعهد نخواهد گردید چرا که انجام تعهد ناممکن نشده است؛ سنهوری، المصدر السابق، حاشیه ۱، ص. ۷۷۱.

قرارداد هم‌چون بیع و اجاره، معنای نزدیکی را با نظریه‌ی قوه‌ی قاهره در حقوق امروزی به اندیشه می‌رساند (امخان، ۱۹۹۱ (ب)، ۲۸۸-۲۸۹). با وجود این، همان‌گونه که در ادامه خواهیم دید، قلمرو این مفاهیم گسترده‌تر از چیزی است که در نظریه‌ی پیدایش رویداد ناگهانی خارجی در حقوق امروزی از آن گفتگو می‌شود (رینر<sup>۱</sup>، ۱۹۹۱، ۸۷).

دو مفهوم «عمل پروردگار» و «آفات» معنای نزدیک یا یک‌سانی باهم دارند چه این‌که، نظریه‌ی «عمل پروردگار»، به رخداد امری می‌نگرد که بیرون از اختیار انسان قرار داشته و «نظریه‌ی آفات» نیز اگرچه بیشتر میان فقهای مالکی رواج داشته، به پیدایش رویدادی دوری‌ناپذیر هم‌چون از میان رفتن موضوع قرارداد با آتش‌سوزی می‌نگرد که دو سوی پیمان کنترلی بر آن ندارند (امخان، منبع پیشین (ب)، ۲۹۹). به دیگر سخن، «نظریه‌ی آفات<sup>۲</sup>»، گویای پیدایش آفتی است که سبب از میان رفتن همه یا بخشی از مال یا منفعت آن می‌شود. البته، پیرامون این امر که منظور از این‌گونه اسباب چه بوده و آیا دربرگیرنده‌ی سبب‌هایی می‌گردد که انسان در رخداد آن‌ها نقش داشته یا خیر، اختلاف هست (محمد حبیب، المصدر السابق، ۲۴۷-۲۴۹). به هر روی، برآیند اعمال هر یک از این دو نظریه، ناممکن شمردن انجام تعهد قراردادی خواهد بود. در برابر، بر پایه‌ی «نظریه‌ی عذر» و خلاف نظریه‌ی آفات، همین‌که عذری هر چند امری شخصی و مربوط به متعهد، پدیدآورنده‌ی دشواری برای متعهد باشد، در راستای کاربست نظریه کافی به شمار خواهد آمد. از این روی، اگر برای موجر رویدادی پیش‌آید که وی به دنبال آن، نیاز به فروش مال خویش داشته باشد، این حق را خواهد داشت که قرارداد را برهم‌زند (رینر، منبع پیشین، ۸۸-۸۹) هم‌چنان‌که در کتاب فتح القدیر که استوار است بر فقه حنفی این‌گونه آمده: «عذری سبب فسخ است که باعث

#### 1. Rayner

۲. جوائح؛ جمع جائحه و به معنای آفاتی است که بر محصولات وارد می‌آید هم‌چون سرما، خشکسالی و بیماری‌های گیاهان که سبب از میان رفتن آن‌ها می‌شود. به دیگر سخن، هر آفتی که انسان در آن نقش نداشته باشد؛ زحیلی، ۱۴۰۹ ه.ق.، ۶۸۱. البته، در متن گفتیم در این‌باره، هم دیدگاهی نیست.

ناتوانی یکی از دو سوی قرارداد برای انجام تعهدش شود که در این حالت، انجام تعهد جز با تحمّل زیان بسیاری که وی سزاوار آن نیست، شدنی نخواهد بود» (محمد حبیب، المصدر السابق، ۲۴۵). روشن است که چنین رویدادی سبب ناممکن شدن اجرای تعهد نگشته و از این روی، امکان اجبار به انجام تعهد هست، اگرچه شخص معذور حقّ برهم‌زدن پیمان را خواهد داشت و شگفت‌آور این که یک طرف قرارداد با دست‌جستن به عذر هرچند شخصی، می‌تواند قرارداد را برهم‌زده ولی، با دست‌جستن به نقض تعهد از سوی طرف دیگر چنین امکانی را نخواهد داشت<sup>۱</sup>. البته، جمهور فقها بر این باورند که فسخ تنها در صورت پیدایش عذر شرعی ممکن بوده و منظور از آن عذری بوده که جنبه‌ی عمومیت داشته باشد و گرنه عذر شخصی سببی برای برهم‌زدن قرارداد نخواهد بود.<sup>۲</sup>

#### درخواست انجام عین تعهد از سوی بستانکار یا اقدام خود متعهد بدان

پیشتر دانستیم که اگر انجام تعهد ممکن باشد، نه متعهد می‌تواند به جای آن خسارت دهد و نه این‌که، اگر متعهد به انجام آن اقدام کند، بستانکار را توانایی نپذیرفتن و درخواست خسارت است، بلکه، تنها وی می‌تواند به گونه‌ی کلی ذمه‌ی متعهد را رها سازد و یا به هر آنچه انجام شده است، بسنده نماید.

به هر روی، اگر بستانکار انجام عین تعهد را نخواهد و بدهکار نیز به انجام آن دست نزند، از آنجا که واداشتن متعهد به انجام تعهد نیازمند بهره‌گرفتن از زور بوده که چنین کاری تنها در صلاحیت دادگاه یا حاکم شرع است، گفتگو درباره‌ی اجرای اجباری تعهد محلی نخواهد داشت، البته، اگر چنین سکوتی را به مانند چشم‌پوشی از حقّ اجرای اجباری به شمار نیاوریم.

۱. نکز بخش‌ی‌وم مقاله ص. گفتار دوم از بخش دوم.

۲. لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية (۱۴۳۰) فتاوى الشبكة الإسلامية، <http://www.islamweb.net> ص ۳۹۰۸.

### اجرای تعهد سختی بسیاری بر متعهد وارد نیاورد یا در چنین حالتی، چشم‌پوشی از آن زیان سنگینی به بستانکار بزند

اگرچه برپایه‌ی توضیح‌های گذشته دانستیم که در قلمرو فقه اسلامی، اجرای تعهد قراردادی در هر حالت بر متعهد بایسته بوده و تنها در جاهایی که عذری برای وی پدید می‌آید، برهم‌زدن قرارداد ممکن دانسته شده است ولی، در حقوق مصر، بر پایه‌ی بند دوم ماده‌ی ۲۰۳ ق.م.ن، چنانچه واداشتن متعهد به انجام تعهد سبب وارد آوردن سختی بسیاری بر وی باشد، حتی با وجود امکان اجرا و درخواست متعهدله، دادرس تنها حکم به پرداخت خسارت خواهد نمود. چنین امری در زمان حکومت قوانین مدنی پیشین، با آن‌که نصی در این‌باره نبود، با استناد به انصاف بکار بسته می‌شد (سنه‌وری، المصدر السابق، ۷۱۶).

پیرامون حکم این ماده که به راستی مفاد آن گویای "نظریه‌ی پیدایش رویدادهای پیش‌بینی نشده" و بازشناسی‌ای میان حالت ناممکن شدن انجام تعهد با دشوار گشتن آن است (محمد عبدالجواد محمد، ۱۹۶۳، ۹-۱۰)، باید گفت که در راستای اعمال این مقرره، تنها دشواری انجام تعهد کافی نبوده بلکه، باید انجام آن به گونه‌ای باشد که واداشتن متعهد بدان، نیازمند وارد آوردن دشواری بسیاری بر وی باشد تا بدین‌سان، دادرس از صدور حکم به اجرای اجباری تعهد خودداری کند. هم‌چنین، شرط دیگر این است که از انجام نیافتن عین تعهد زیان سنگینی بر بستانکار نرود. با این شرایط، روشن است که قانون‌گذار میان مصالح بستانکار و بدهکار توازن برقرار نموده است با این گفتار که اگر انجام عین تعهد سبب وارد آمدن سختی بسیاری بر متعهد باشد در حالی که انجام نیافتن آن زیان اندکی را بر بستانکار وارد می‌آورد، اجرای اجباری منتفی بوده و حکم به پرداخت خسارت خواهد شد ولی، در حالتی که انجام عین تعهد سبب وارد آمدن سختی بسیاری بر متعهد نشود یا اگر چنین شود ولی، در برابر، انجام نیافتن تعهد، سبب رفتن زیان بسیاری بر متعهدله شود، بازگشت به اصل که همانا بایستگی انجام عین تعهد است، لازم می‌آید. از این روی، هنگامی که انجام عین تعهد سختی آن‌چنان‌ای را بر متعهد وارد نمی‌آورد یا انجام ندادنش زیان سنگینی به بستانکار نمی‌زند، چیزی که برتر بوده، رعایت حق بستانکاری است که به دنبال اعمال حق خویش است. پس، در همین راستاست که ماده‌ی ۱۰۱۸ ق.م.ن. مقرر می‌دارد:

«۱- اگر قیود معینی درباره‌ی ساختن بنا در قرارداد مقرر شده باشد هم‌چون بازداشتن از ساختن بنایی بلندتر از ارتفاع معینی یا محدوده‌ی فراتری از محدوده‌ی معین که محدودکننده‌ی حق مالک مال غیر منقول است چنین محدودیت‌هایی دربرگیرنده‌ی حقوق ارتفاق بر اموال مربوط است به نفع اموالی که منافع آن‌ها دربر این محدودیت‌هاست. ۲- هرگونه مخالفت با این قیود، سبب دعوای اصلاح عین آن خواهد بود. با این حال، اگر دادگاه شایسته بداند، می‌تواند حکم به جبران خسارت بدهد». روشن است، بند دوم این ماده گویای صدور حکم به پرداخت خسارت به جای انجام عین تعهد خواهد بود، اگر دادرس چنین امری را شایسته ببیند و وی در راستای اندیشیدن پیرامون این امر بررسی خواهد نمود که آیا نابودی ساختمان، سختی بسیاری بر متعهد وارد می‌آورد یا نه که اگر بیاورد و ماندن بنا زیان سنگینی بر بستانکار وارد نیاورد، حکم به پرداخت خسارت خواهد داد (سنهوری، المصدرالسابق، ۷۱۶)

با وجود این، اگر انجام تعهد دشواری بسیاری بر بدهکار وارد آورد و در برابر، انجام ندادن آن، زیان بسیاری بر بستانکار بزند، دادرس پیرو ماده‌ی ۱۴۷ ق.م.ن. شایستگی تعدیل قرارداد را بر پایه‌ی دگرگونی شرایط حاکم بر قرارداد یعنی، پیش‌بینی ناپذیر، ملت‌دار و عمومی بودن (امخان، ۱۹۹۴ ج)، ۲۶۳-۲۶۹ خواهد داشت.

به عنوان نکته‌ی پایانی گفتنی است، اگرچه به میان آوردیم که در فقه اسلامی، نظریه‌ی عذر به پیدایش دشواری در راستای انجام تعهد برای متعهد می‌نگرد که این امر پیوند نزدیکی با حالت دشواری انجام تعهد در حقوق کنونی مصر دارد با این حال، در بخش مربوط دیدیم که از یک سوی، قلمرو کاربست این دیدگاه بسیار گسترده است به گونه‌ای که عذر شخصی را نیز دربر می‌گیرد، افزون بر این که در بکار بستن آن نگاهی به ارزش و برجستگی اجرای تعهد برای بستانکار نمی‌شود و از سوی دیگر، برآیند اعمال آن پیدایش حق برهم‌زدن قرارداد برای متعهد معذور است در حالی که سخت شدن اجرای تعهد در حقوق مصر، تنها حق درخواست اجرای عین تعهد را از

میان برده و برای بستانکار مطالبه‌ی خسارت ممکن است و جز این موارد، امکان درخواست تعدیل قرارداد بیشترین حقی است که برای متعهد خواهد بود.

#### هشدار انجام تعهد به متعهد

به دادن هشدار برای انجام تعهد هنگامی نیاز بوده که بستانکار انجام تعهد را به گونه‌ی اجباری بخواهد (بند یکم ماده‌ی ۲۰۳ ق.م.ن.) و آنچه از قانون برمی‌آید، این بوده، در مواردی که انجام عین تعهد به حکم قانون پدید می‌آید یا بدهکار به اراده‌ی خویش آن را انجام دهد، به دادن هشدار نیازی نیست (سنه‌وری، المصدرالسابق، ۷۱۹).

به هر روی، اگرچه بر دادن هشدار در حقوق مصر به ویژه پیرامون امکان درخواست خسارت پیامد برجسته‌ای بار است ولی، در قلمرو اندیشه‌های فقه اسلامی، با فرارسیدن هنگام انجام تعهد و خودداری متعهد از آن، بستانکار حق واداشتن وی را به انجام خواهد داشت بی‌آن‌که به دادن هشدار در این‌باره نیاز باشد.

#### شیوه‌های اجرای اجباری تعهد در حقوق مصر و فقه اهل سنت

روی هم‌رفته، شیوه‌های اجرای اجباری تعهد را می‌توان به شیوه‌ی مستقیم و نامستقیم بخش‌بندی نمود. اگرچه کاربست این روش‌های محدود به قلمرویی ویژه نبوده، با این حال، گاه برخی از آن‌ها در قلمرویی، به گونه‌ی گسترده‌ای و در قلمرو دیگری به گونه‌ی محدود بکار بسته شده‌اند. شیوه‌های مستقیم اجرای تعهد مواردی را دربر می‌گیرد که بر پایه‌ی آن‌ها، بی‌آن‌که نیازی به دخالت متعهد باشد، تعهد قراردادی قابل انجام‌شدنی در حالی که در شیوه‌های نامستقیم، جز از راه برقراری تکلیف مالی یا غیرمالی بر متعهد، تعهد انجام‌شدنی نخواهد بود.

#### اجرای مستقیم تعهد

##### شیوه‌های مستقیم اجرایی به گونه‌ی کلی در حقوق مصر

در حقوق مصر، شیوه‌های اجرای تعهد به گونه‌ای که نیازی به دخالت متعهد نداشته باشند، بر پایه‌ی موضوع تعهد تفاوت می‌نمایند. به دیگر سخن، گاه اجرای اجباری تعهد درباره‌ی تعهدات

ویژه‌ای به حکم قانون روی داده بی‌آن‌که تشریفات دیگری نیاز باشد، گاه تعهد با بکار بستن برخی تشریفات بر دارایی متعهد انجام گرفته، گاه حکم دادرس جانشین انجام تعهد می‌گردد و گاه بستانکار به هزینه‌ی متعهد به انجام تعهد می‌پردازد.

#### شیوه‌های مستقیم اجرایی به گونه‌ی کلی در فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت، شیوه‌های مستقیم اجرایی محدودتر از مواردی است که در حقوق مصر از آن‌ها یاد کردیم. در این راستا، گاه راه‌کار، بکار بستن محدودیت بر دارایی متعهد بوده که از آن زیر عنوان «حجر» گفتگو شده و گاه، اقدام مستقیم بستانکار در راستای رسیدن به حش مجاز به شمار آمده است.

#### بررسی گونه‌های انجام مستقیم تعهد در حقوق مصر و فقه اهل سنت

##### الف) تعهدات قابل انجام بر پایه‌ی نیروی قانون

گروهی از تعهدات که موضوع آن‌ها جابجایی ملکیت یا پیدایش حق عینی درباره‌ی مال معینی است، بر پایه‌ی حکم قانون، به محض بسته شدن قرارداد انجام شده شمرده می‌شوند (ماده‌ی ۲۰۴). با این حال، این امر در جایی است که موضوع انتقال حق عینی، مال منقولی باشد چه این‌که درباره‌ی مال غیرمنقول پیرو «قانون اموال غیرمنقول» مصوب ۱۹۴۶، انجام تشریفات ثبتی در راستای انتقال بایسته است، بخش پایانی ماده‌ی ۲۰۴ نیز به این امر تصریح دارد.

در این‌باره، در فقه اهل سنت نیز البته، به عنوان پیامد طبیعی جابجایی ملکیت میان فقیهان هم‌دیدگاهی که بستانکار حق تصاحب حق خویش را در حالتی که متعهد به انجام تعهد پیرامون آن دست‌نزده است، خواهد داشت. پیشتر نیز گفتیم که یکی از دلایل پای‌فشاری فقه اسلامی بر اجرای اجباری تعهد این است که در قراردادهای تملیکی با بسته شدن قرارداد عوضین از آن دو سوی قرارداد می‌گردد، درست همان چیزی که در حقوق مصر درباره‌ی انجام تعهد به حکم قانون از آن یاد نمودیم. با این حال، فقه اهل سنت، گاه پای را از این هم فراتر نهاده است به گونه‌ای که اگر متعهدله به خود عین نیز دست نیابد، خواهد توانست که مثل آن را تصاحب نماید که در این راستا به روایتی از پیامبرگرامی اسلام (ص) دست‌جسته شده است که در آن، ایشان در جریان

رسیدگی به شکایت «هند» از «ابوسفیان» که ادعا می‌نمود، شوهرش به وی و فرزندش نفقه نمی‌دهد، فرمودند: «از مال ابوسفیان هر آنچه را که برای تو بس بوده، بگیر که مباح است گرفتن مالی از وی در حالی که نسبت بدان به عنوان نفقه سزاواری هر چند وی راضی نباشد». در این باره، مشهور میان فقهای عامه این است که در این روایت، پیامبر اسلامی در جایگاه فتواء بوده نه قضاوت. البته، بیرون از این گفتار که آیا روایت به میان آمده، به اجرای تعهدات قراردادی نیز گسترش می‌یابد یا خیر، اگرچه میان فقهای عامه اتفاق دیدگاه هست که در چنین حالتی، متعهدله می‌تواند حق خویش را از دارایی بدهکار بستاند، با این حال، حنفیان می‌گویند که دارنده‌ی حق تنها در صورتی می‌توان حقش را از اموال متعهد بگیرد می‌تواند حقش را بگیرد، هم جنس باشند و گرنه نیاز به اجازه‌ی متعهد دارد. در برابر، شافعیان و مالکیان بر این باورند که دارنده‌ی حق به اندازه‌ی که سزاوار است، می‌تواند از اموال بدهکار بگیرد چه از جنس طلب وی باشد یا خیر و در برابر اینان، حنابله را این باورداشت است که در هر حالت، بستانکار تنها با اجازه‌ی متعهد حق چنین کاری داشته و گرنه باید چیزی را که گرفته است، بازگرداند (محمد حبیب، المصدر السابق، ۳۴۷-۳۴۹).

### انجام مستقیم تعهد از طریق بهره‌گیری از دارایی متعهد

#### در حقوق مصر

در جایی که موضوع تعهد پرداخت پول است، انجام تعهد جز با بکار بستن شیوه‌های اعمال فشار بر متعهد شدنی نیست. با این حال، اگر بدهکار آزادانه تعهد خویش را انجام نداد، بستانکار می‌تواند به دیگر اموال وی رجوع نماید و با فروش آنها طلب خویش را استیفاء نماید (ماده‌ی ۲۰۵ ق.م.ن.).

#### در فقه اهل سنت

با چشم‌پوشی از آنچه که پیشتر درباره‌ی امکان رسیدن به تعهد از دارایی متعهد، هر چند ناهم‌جنس باشد، گفته شد، همانند آنچه که در حقوق مصر پیرامون راه‌کار اجباری رسیدن به طلب گفته شد، در فقه اسلامی نیز از این روش زیر عنوان نهاد «حجر» بدهکار و فروش اجباری مالش گفتگو شده

است که بر پایه‌ی آن، فقهای اسلامی در راستای اجرای اجباری تعهد، بدهکار را از تصرف در اموالش بازداشته و سپس، از طریق فروش آن‌ها در راستای پرداخت بدهی وی بهره گرفته‌اند. در این زمینه، امامان شافعی و مالکی، احمد بن حنبل، ابو یوسف و محمد حنفی براین باورند که اگر بستانکاران یا برخی از آن‌ها، حجر بدهکار را بخواهند و طلبشان با اعتراف بدهکار یا گواهی گواهان به اثبات رسیده و بدهی حال و بدهکار از پرداخت آن سر باز زده باشد، حاکم حکم حجر وی را صادر نموده و وی را از تصرف و اقراری که به حقوق بستانکاران زیان رساند، باز خواهد داشت. پس از این، اموالش را به فروش رسانده، اگر خود از فروش خودداری ورزد و آنچه را که بدست می‌آید، میان بستانکاران تقسیم خواهد نمود. اینان برای توجیه دیدگاه خویش به دلایلی دست‌جسته‌اند که نخستین آن‌ها، چند روایت<sup>۱</sup> است. جدای از این روایات، این‌گونه استدلال شده است که بر بدهکار واجب بوده که در راستای پراخت بدهی خود مالش را بفروشد. اکنون، اگر وی چنین نکند، حاکم جانشین وی شده تا بدین‌گونه زیانی به بستانکاران نرسد. با این حال، ابوحنیفه به محجور نشدن بدهکار نظر داده است خواه بدهی‌های وی، همه‌ی اموالش را دربرگیرد یا خیر. در چنین حالتی، اگر بستانکاران برای تعیین تکلیف به حاکم رجوع کرده و درخواست گرفتن طلب خویش را نمایند در حالی که بدهکار از پرداخت آن خودداری می‌نماید، حاکم دستور به پرداخت می‌دهد، اگر بدهکار به تعهد خویش وفا نمود که هیچ‌گونه معسر است. این فقیه در راستای استوار نمودن پایه‌های دیدگاه خود چنین استدلال می‌نماید؛ «یکم این‌که، در بدهی حجر راه ندارد و هنگامی که بدهی‌هایی بر ذمه‌ی شخص است و بستانکاران زندانی نمودن و صدور حکم حجرش را می‌خواهند، بدهکار محجور نخواهد شد زیرا، حجر از میان‌بردن اهلیت است و جایز نیست که در راستای دفع زیانی ویژه یعنی، زیان وارد بر بستانکاران، بدهکار محجور شود هر چند حاکم می‌تواند وی را حبس نماید. دوم این‌که، یکی از شرایط فروش اموال بدهکار،

۱. رواه الدارقطني وصححه الحاکم، وأخرجه أبو داود مرسلًا، ورجح إرساله قال رحمه الله: وعن ابن كعب بن مالك عن أبيه رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: (حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه).

بودن تراضی است هم‌چنان که، خداوند بزرگ در سوره‌ی نساء می‌آورد: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، در حالی که فروش مال بدهکار با رضایت وی نبوده که بی‌گمان، چنین چیزی به مانند خوردن مال دیگری به باطل است و مقتضای فرموده‌ی پیامبر که می‌فرماید: «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبٍ مِنْ نَفْسِهِ»، دلیل دیگری است. از این روی، بیعی که پس از محجور نمودن بدهکار انجام می‌گیرد، باطل خواهد. پس، اگر بدهکار را وادار نمایند که اجیر شود تا درآمد به دست آمده را به بستاکاران دهد یا زنی را وادار نمایند که ازدواج کرده و از مهریه‌اش برای پرداخت بدهی خود بهره‌گیرد، از آنجا که هر دو برای پرداخت بدهی اجبار می‌شوند، کار انجام شده درست نخواهد بود (المصدر السابق، ۳۶۶ به بعد).

#### حکم دادگاه جانشین انجام تعهد

ماده‌ی ۲۱۰ ق.م.ن. می‌آورد: «در تعهد به انجام کار، حکم دادرس جایگزین انجام تعهد می‌گردد، اگر طبیعت تعهد امکان آن را دهد». نمونه‌ی روشن کاربست چنین شیوه‌ای در وعده به بستن قرارداد است؛ در جایی که وعده‌ی بستن قرارداد رضایی داده شده باشد، اگر متعهد (وعده‌دهنده) از بستن قرارداد خودداری کند، پیرامون انجام تعهد مشکلی وجود نخواهد داشت زیرا، صدور حکم بر بستن قرارداد جانشین آن می‌گردد هم‌چنان‌که قانون‌گذار مصری نمونه‌ی اعمال حکم ماده‌ی ۲۱۰ را در ماده‌ی ۱۰۲ ق.م.ن. آورده است.

#### انجام عین تعهد به هزینه‌ی متعهد

##### در حقوق مصر

روشن است، هنگامی می‌توان انجام تعهد را از سوی هر شخص دیگری به هزینه‌ی متعهد خواست که مباشرت متعهد لازمه‌ی انجام نباشد. در این زمینه، بند یکم ماده‌ی ۲۰۹ ق.م.ن. مقرر می‌دارد: «در تعهد به انجام کار، اگر بدهکار اقدام به انجام تعهدش نکرد، بستانکار می‌تواند از دادگاه مجوزی برای انجام تعهد به هزینه‌ی متعهد بگیرد در صورتی که انجام تعهد شدنی باشد». ماده‌ی ۲۱۲ نیز می‌افزاید: «اگر تعهد متعهد به خودداری از کاری باشد و تعهدش را نقض کند، بستانکار

می‌تواند از میان بردن هر آنچه را که در مخالفت با تعهد روی داده است، بخواهد و نیز می‌تواند از دادگاه بخواهد که به وی اجازه‌ی این امر را دهد که به هزینه‌ی متعهد نسبت به از میان بردن اقدام کند». البته، بند دوم ماده‌ی ۲۰۹ ق.م.ن. در جایی که به انجام تعهد به هزینه‌ی متعهد نیازی فوری وجود دارد، به بستنکار اجازه داده است که بدون گرفتن چنین اجازه‌ای چنین کند.

### در فقه اهل سنت

در کتاب بدائع در برخی از اندیشمندان اهل سنت (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶ ه.ق.، ۲۰۸) گفته‌اند: «در قرارداد اجاره، بازسازی ملک وظیفه‌ی مالک آن است که بر آن وادار می‌گردد ولی، اگر بدان عمل ننمود، مستاجر می‌تواند ملک را تخلیه نماید». ماده‌ی ۵۲۹ مجله‌الاحکام‌العدلیه نیز در این زمینه حکم هم‌سانی دارد: «بازسازی مواردی که به منفعت مورد نظری که به گونه‌ی معمول برای آن اجاره داده می‌شود، آسیب می‌زند هم‌چون بازسازی خانه، پُر کردن منافذ و دیگر اموری که به عین مربوط می‌گردند، بر صاحب ملک بایسته است. اکنون، اگر وی از انجام این کار خودداری نماید، مستاجر می‌تواند ملک را تخلیه نماید مگر آن‌که هنگام بستن قرارداد از عیوب آگاه بوده باشد که در این حالت، راضی به عیب شمرده می‌شود و از این روی، نمی‌تواند به این جهت برای تخلیه‌ی مورد اجاره دست یازد و چنان‌چه خود به بازسازی بپردازد، در جرگه‌ی کارهای تبرعی به شمار آمده و وی نخواهد توانست هزینه‌های انجام این کار را از اجاره‌دهنده بگیرد» چنین شیوه‌ای مورد پذیرش حنفیان، مالکیان، حنبلیان و شافعیان است. به عنوان نکته‌ی برجسته باید دانست که شیوه‌ی برخورد قانون‌گذار مصری پیرامون مسئله‌ی پیش‌کشیده شده، متفاوت از فقه اسلامی است با این توضیح که در فقه اسلامی، تعهد اجاره‌دهنده، جنبه‌ی سلبی دارد حال آن‌که در قانون مدنی مصر جنبه‌ی ایجابی دارد<sup>۱</sup> یعنی، در فقه، موجر تعهدی برای برقراری امکان استیفاء برای مستاجر بر

۱. قوانین مدنی پیشین نیز به تعهد سلبی درباره‌ی اجاره نگرش داشته‌اند چه این‌که در مواد ۳۶۲ و ۴۴۵ این قوانین در تعریف قرارداد اجاره آمده است: «موجر موظف به رها کردن مستاجر در راستای بهره بردن وی از مال مورد اجاره و امکاناتش است». از این روی، کاری که قانون‌گذار از موجر می‌خواهد، کاری سلبی است. شیوه‌ی بیان قانون‌گذار نیز نسبت به اجاره‌دهنده در بردارنده‌ی لحنی سلبی است؛ سنه‌وری، ۱۴۰۷ ه.ق.، ۷.

دوش ندارد بلکه، تعهدش بر این است که مستاجر را برای انتفاع به حال خود واگذارد در حالی که بر پایه‌ی قانون مدنی از آنجا که موجر ملزم به این شده که امکان بهره بردن را برای اجاره‌کننده فراهم آورد، انگاره بر این است که پاسداری و نگهداری از عین در راستای این که مستاجر بتواند منفعت مورد انتظار را ببرد، بر موجر بایسته است زیرا، از لوازم تعهد وی به شمار می‌آید. پس، از آنجا که تعهد موجر، تعهد ایجابی بوده، می‌توان وی را اجبار بدان کرد ولی، از آنجا که در فقه اهل سنت، سلبی است، چنین امکانی وجود نخواهد داشت (محمد حبیب، المصدر السابق، ۴۱۷).

### شیوه‌های نامستقیم انجام تعهد

شیوه‌های معمول اجبار نامستقیم، گاه بر ذمه‌ی بدهکار قرار می‌گیرد و گاه بر خود وی.

### شیوه‌های غیرمستقیم انجام اجباری تعهد بکار بسته بر ذمه‌ی متعهد

باید دانست، در جاهایی انجام عین تعهد جز با دخالت متعهد شدنی نیست یا دو سوی قرارداد راه‌کاری را برای واداشتن وی به انجام تعهد سنجیده یا این که آن را به دادرس واگذارده‌اند. فرض نخست دربرگیرنده‌ی جریمه‌ی قضایی و فرض دوم دربرگیرنده‌ی شرط جریمه‌ی مالی و کیفری است.

### جریمه‌ی مالی<sup>۱</sup> و اقسام آن

در جایی که انجام تعهد نیاز به دخالت شخص متعهد دارد، بهره‌گیری از جریمه‌ی مالی یکی از راه‌کارهای واداشتن وی بدان است؛

### الف) جریمه‌ی قضایی<sup>۲</sup>

روی هم‌رفته، حقوق مصر اعمال اجبار مالی را در راستای انجام تعهد شخص را تجویز نموده

۱. تحدید المال.

۲. الغرامه التهدیدیه القضائیه.

است. البته، این اجبار یا به گونه‌ی مقطوع<sup>۱</sup> از سوی دادگاه تعیین می‌شود که در این حالت، دادرس دیگر نمی‌تواند در اندازه‌ی آن دگرگونی پدید آورد یا این که به گونه‌ی موقت<sup>۲</sup> تعیین می‌شود که دادرس می‌تواند در صورتی که اندازه‌ی آن مناسب نباشد، آن را تغییر دهد. قانون مدنی نوین مصر تنها به جریمه‌ی مالی موقت اشاره دارد که بر پایه‌ی ماده‌ی ۲۱۳ ق.م.ا.گ. پس از تعیین مبلغ روشن شود که اندازه‌ی جریمه برای دستیابی بدین هدف بس نبوده و از این روی، اجبار متعهد ممتنع شده است، دادرس می‌تواند به هر اندازه که افزایش آن را شایسته ببیند، به مبلغ جریمه بیافزاید. حکم صادر شده بر اجبار مالی جنبه‌ی موقت داشته که بر پایه‌ی موضع نهایی متعهد نسبت بدان تعیین تکلیف می‌شود هم‌چنان که توضیحات قانون مدنی درباره‌ی این ماده می‌آورد: «از آنجا که حکم صادرشده درباره‌ی جریمه‌ی مالی، حکمی موقت به شمار می‌آید، این حکم، مبنای صدور خویش را بر پایه‌ی روشن شدن موضع نهایی متعهد بر انجام یا عدم انجام تعهد آن از دست می‌دهد. پس، هنگامی که موقعیت متعهد روشن شد، بر دادرس بایسته است که در راستای حل و فصل اختلاف بار دیگر به بررسی دعوا بپردازد. اکنون، اگر بدهکار به انجام تعهد خویش گردن نهد و بدین‌سان، اجبار مالی کارساز افتد، دادرس جز بر خسارت دیرپرداخت به چیزی حکم نخواهد داد هم‌چنان که ماده‌ی ۲۱۴ ق.م.ن. مقرر می‌دارد که دادرس، در راستای ارزیابی خسارت به میزان سرکشی‌ای که تا هنگام انجام تعهد از سوی متعهد سرزده است، خواهد نگریست» (محمدالمحامی، ۱۹۸۹، ۱۲۱).

### ب) شرط جریمه‌ی مالی<sup>۳</sup>

این شرط، عمل حقوقی‌ای است که بر پایه‌ی آن، بدهکار به گونه‌ی پیشاپیش نسبت به پرداخت مبلغی در برابر نقض تعهد متعهد می‌گردد که نقش کیفر را داشته و پیوندی با وارد آمدن زیان

۱. الغرامة التهديدية القطعي.

۲. الغرامة التهديدية الموقت.

۳. شرط الغرامة التهديدية.

راستین به بستانکار نخواهد داشت. در حقوق مصر، در راستای توجیه جواز بهره‌گیری از این امر گفته شده، از آنجا که شیوه‌های رایجی که برای حمایت از حقوق بستانکاران بکار گرفته می‌شوند، هماهنگی آن‌چنانی با روابط قراردادی امروزی ندارند، دو سوی قرارداد ناگزیرند به دنبال پدید آوردن ابزارهای نوینی باشند که یکی از این ابزار همانا شرط جریمه‌ی مالی است. در برابر، گفته می‌شود، حتی، اگر بپذیریم که پیدایش این شیوه در راستای پیشرفت پرشتاب شیوه‌های اجبار غیرمستقیم در برابر نقض تعهد قراردادی بوده که بر متعهد تعهد مالی وضع می‌نماید، چنین روشی مستند قانونی آشکاری نداشته و از این روی، قانونی به نظر نمی‌آید. قانون مدنی نوین مصر نیز اگرچه در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ درباره‌ی اجبار مالی قضایی صراحت داشته ولی، هم‌چون قوانین مدنی پیشین چیزی درباره‌ی شرط جریمه‌ی مالی دربر ندارد. البته، در هنگام حکومت قانون‌های مدنی پیشین، رویه‌ی قضایی به ارزیابی این شرط پرداخته و به عنوان نتیجه، به شدت با آن به رویارویی پرداخته تا آنجا که شرط کیفری‌ای را که در آن مبالغه‌ی نامتعارفی وجود داشت، شرط جریمه‌ی مالی و آن را باطل دانسته است. از جمله‌ی آرای ذکرشده در این زمینه می‌توان به رای دادگاه پژوهش ملی در سال<sup>۱</sup> ۱۹۱۲ اشاره داشت که چنین مقرر نمود: «اگر برای دادگاه روشن شود که در شرط کیفری تعیین شده در قرارداد مبالغه‌ی بسیاری شده است، دادگاه می‌تواند بدان اعتبار شرط جریمه‌ی مالی را دهد و در نتیجه، بدان توجّهی نخواهد کرد و در راستای ارزیابی زیان به قواعد عامّ مراجعه می‌نماید». در رای دیگری<sup>۲</sup> نیز این‌گونه بیان شد: «اگر برای دادرس روشن شود که شرط کیفری به راستی شرط جریمه‌ی مالی است، در چنین حالتی از تایید این خسارت گزاف خودداری نموده و بر پایه‌ی شرایط، اوضاع و احوال پرونده به تعیین خسارت اقدام می‌نماید». دکتربین حقوقی این کشور نیز شیوه‌ی ناهم‌خوانی را در پیش گرفته است؛ برخی از حقوق‌دانان

۱. استئناف اهلی ۴ دسامبر سنه ۱۹۱۲ و استئناف اهلی ۱۸ ديسمر سنه ۱۹۲۲ به نقل از محمد حبيب، المصدر السابق، ۵۰۴.

۲. نقض مدنی ۱۷ فبرایر سنه ۱۹۵۵ به نقل از المصدر السابق، ۵۰۵.

(سنه‌وری، المصدر السابق (الف)، ۸۷۴)<sup>۱</sup> چنین شرطی را درست نمی‌دانند در حالی که برخی دیگر (محمدحسین، المصدر السابق، ۵۰۶-۵۱۳) آن را شدنی دانسته و برخی (الشلقانی، ۱۹۷۰، ۶۴۱) نیز قواعد شرط کیفری درباره‌ی گزافی مبلغ را بر چنین شرطی نیز بکاربستگی دانسته‌اند.

### شرط کیفری<sup>۲</sup>

اگرچه در این باره، هم‌دیدگاهی هست که شرط کیفری (در برابر با مفهوم شرط جریمه‌ی مالی) بر پایه‌ی درون‌مایه‌ی خود، پیش‌برآوردی از خسارات احتمالی است که از زیرپای گذاشتن تعهد بر متعهدله وارد می‌آید با این حال، درباره‌ی ویژگی اجبارکنندگی آن اختلاف نظر هست هم‌چنان‌که برخیزاز حقوق‌دانان (غزال، ۱۳۸۲.ق.، ۴۱) این کشور چنین ویژگی‌ای برای این شرط قایل نیستند تا آنجا که برخی دیگر از نویسندگان (سنه‌وری، المصدر السابق) هم‌چون رویه‌ی قضایی، در جایی که دو سوی قرارداد هدفی جدای از پیش‌برآورد زیان را با گنجاندن شرط کیفری در یاد دارند، آن را شرط جریمه‌ی مالی به شمار آورده‌اند و در برابر، برخی دیگر (محمدحسین، المصدر السابق، ۴۷۱ به بعد)، آشکارا چنین ویژگی‌ای برای این عمل حقوقی قایلند. به نظر می‌رسد، از آنجا که از چنین شرطی می‌توان در راستای واداشتن متعهد به انجام تعهد خویش بهره گرفت، در این جا از آن گفتگو می‌شود چه این‌که تعیین چنین مبلغی سبب می‌گردد، بدهکار همواره بار سنگین مسئولیت در برابر انجام ندادن تعهد را بر روی دوش خویش احساس نماید.

۱. گفته شده است که خلاف حقوق غربی که در آن جا قاعده‌ی فراگیری برای درستی شروط در دسترس نیست، بر پایه‌ی فقه و حقوق اسلامی قاعده‌ی فراگیری هست که به دنبال آن، همه‌گونه شروطی که خلاف کتاب و سنت نباشند، درست و نافذ شمرده می‌شوند و از این روی، شرط جریمه‌ی مالی خرده‌ای در برابر خویش نمی‌بیند و تنها عیب اراده هنگامی کارساز است که یکی از دو سوی پیمان اهلیت نداشته باشد که در این جا بی‌اعتباری اصل پیمان را از میان می‌برد: الجواهری، ۱۴۲۵، ۴۴-۴۵.

۲. شرط الجزائی.

### شیوه‌های نامستقیم اجرای اجباری تعهد بکار بسته بر متعهد

بی‌گمان، بهره‌گیری از جریمه‌ی مالی نیز الزاماً سبب پیدایش انجام تعهد نمی‌شود چه این که چنین شیوه‌ای تنها ابزار و راهی برای کار بست فشار بر بدهکار به شما خواهد دانست. از این روی، استناد به دیگر روش‌های لازم می‌آید.

روی هم‌رفته، نگرش به این شیوه‌ها در فقه اسلامی نمود روشنی دازد چه این که از دیرباز، بنیان امور بر رعایت مصالح بشر و برقراری عدالت میان آن‌ها استوار شده و از این روی، این نظام پایه‌گذار شیوه‌هایی منحصر به فرد در راستای اجبار متعهد به اجرای عین تعهد بوده و در این راستا، به حاکم اجازه داده شده است که در راستای برقراری توازن میان وعده‌های داده شده‌ی دو سوی قرارداد، سخت‌ترین ابزارهای فشار را بکار بندد. از این روی، در این باره، همه‌ی فقهای اهل سنت هم دیدگاهند که اگر بدهکار از انجام تعهدش سرباز زند یا در انجام آن دیرکرد نماید، بی‌آن که سبب موجّهی برای آن داشته باشد، بستانکار می‌تواند به قاضی رجوع کند تا وی متعهد را بر انجام تعهدش وادار نماید و در این راستا دادرس آزاد است که شیوه‌های سختگیرانه‌ای را مناسب با حال بدهکار، از تعزیرات سبک گرفته تا شدید بر وی بکار بندد. این شیوه‌های عبارتند از حبس بدهکار، زیر نظر داشتن<sup>(۱)</sup> وی، بازداشتنش از مسافرت، واداشتن او به کسب و کار و کیفرهای بدنی هم‌چون شلاق. پرداختن به همه‌ی این روش‌های از قلمرو این نوشتار بیرون است با این حال، پیرامون حبس متعهد گفتنی است که حنفیان بر این باورند، اگر بستانکار گفته‌ی متعهدی را نپذیرد که وضعیتش ناهویداست، تکلیف آوردن دلیل بر دوش کسی بوده که مدّعی آن است یعنی، بینه‌ی مربوط به اعسار بر بدهکار و بینه‌ی مربوط به دارا بودن بر دوش بستانکار است. فقهای مالکی نیز می‌گویند که اگر بستانکار ادعای بدهکار را پیرامون اعسارش نپذیرد، وی تا هنگامی که آن را به اثبات نرسانده است، زندانی می‌گردد. البته، درخواست به تعویق انداختن

حبس تا اثبات اعسار شدنی بوده و در چنین حالتی بر بدهکار بایسته است که کفیلی بیاورد. حال اگر اعسارش ثابت شد، در کنار این، سوگندی مبنی بر این که مالی ندارد، یاد کرده و سپس، رها می‌شود. هم‌چنین، اگر وعده‌ی پرداخت بدهیش را داد و در کنار این امر درخواست به تاخیر انداختن زندانی نمودن خود را تا زمان پرداخت نمود، در اینجا هم دادن کفیلی نیاز است و گرنه، حاکم وی را زندانی می‌کند. اکنون، اگر هنگام زندانی شدن وی به درازا کشد و وی هم‌چنان بر اثبات اعسارش ناتوان باشد، سوگند یاد کرده و از زندان آزاد می‌شود. آنچه فقهای مالکی می‌گویند بر این امر استوار شده که در هنگام نامعلوم بودن وضعیت بدهکار، اصل بر دارا بودن وی است (محمدحسب، المصدر السابق، حاشیه ۳، ۵۴۶). دیدگاه شافعیان تا اندازه‌ای همانند مالکیان است ولی، حنبلیان در این حالت اصل را بر بقای مال بدهکار یا عوضی که پیشتر گرفته بوده و از دستش بیرون نرفته، گذاشته که این سخن، بنیان اصلی باور ایشان به شمار می‌آید و افزون بر این می‌گویند، تعهدی که متعهد نسبت بدان پای‌بند شده، به اختیار خودش و بر پایه‌ی قرارداد پدید آمده است و از این روی، اگر وضعیت وی از دید دارا بودن یا نبودن روشن نباشد و بستانکار ادعایش را نپذیرد، بر وی واجب است که گفته‌ی خویش را به اثبات برساند. با این حال، اگر تعهد مالی باشد وی می‌تواند از بستانکار بخواهد که سوگندی بر این که وی از نداشتن آگاهی‌ای ندارد، یاد کند ولی، اگر تعهد مالی نباشد، ادعای متعهد با سوگندش پذیرفته می‌شود.

در حقوق مصر، این شیوه‌ها دیده نمی‌شود و حتی، مقرره‌ای درباره‌ی امکان حبس متعهد دیده نمی‌شود. با این حال، تنها مقرره‌ای که برای زندانی نمودن متعهد قراردادی از آن یاد شده است، ماده‌ی ۷۶ مکرر قانون سال ۲۰۰۰ است که می‌آورد: «اگر محکوم‌علیه از انجام حکم صادر شده پیرامون نفقه یا هزینه‌ها خودداری ورزد، تکلیف امر به دادگاه بخش که در محل انجام تعهد است، ارجاع می‌گردد و هنگامی که اثبات شود با وجود آن که وی بر انجام تکلیف تواناست به حکم دادگاه گردن نمی‌نهد، به حبس محکوم می‌گردد که مدت حبس نباید بیش از سی روز باشد». با وجود این، برخی از حقوق‌دانان (سنهوری، المصدر السابق (الف)، ۷۵۱) این کشور بر این باورند که بهره‌گیری از حبس به عنوان شیوه‌ای برای واداشتن متعهد به انجام تعهد شیوه‌ی درستی نیست

زیرا، اجبار بدنی با بنیان‌های مدنی نوین برخورد دارد چرا که آنچه روشن می‌نماید، این است که تعهد متعهد به دارایش باز می‌گردد نه به خودش و افزون بر این، ضمانت‌اجرای نقض قرارداد، تکلیف به پرداخت خسارت است نه کیفر نمودن متعهد و راست است که زندانی نمودن متعهد به دلیل نپرداختن تعهدش بازگشت به این دیدگاه است که خود متعهد ملتزم است و از این روی، مقررات کیفری با مدنی با هم درمی‌آمیزند و کیفر با خسارت به عنوان ضمانت‌اجرای وفای به عهد یک معنا می‌شوند. به دیگر سخن، از دید قانون‌گذار، پیوند میان بستانکار و بدهکار چیزی جز پیوند دو ذمه نیست و بنا بر این، محلّ ضمان، شخص متعهد نیست بلکه، مالش است. پس، حبس وی در راستای واداشتنش به انجام تعهدکاری ناروا از سوی قانون‌گذار شمرده می‌شود.

#### یافته‌ها

اگر چه در فقه اهل سنت هم‌چون حقوق مصر، اجرای اجباری تعهد قلمرو گسترده‌ای دارد ولی، فسخ و خسارت در برابر نقض تعهد به نام قاعده‌ی فراگیر پذیرفته نشده است. در قلمرو هر دو نظام، اجرای اجباری تعهد یا به گونه‌ی مستقیم انجام می‌پذیرد یا نامستقیم. بر پایه‌ی شیوه‌های مستقیم نخست بی‌آن‌که نیازی به دخالت بدهکار باشد، تعهد یا به حکم قانون یا دادگاه یا با تحمیل بر ذمه یا دارایی بدهکار انجام‌شدنی بوده شیوه‌های که در فقه در چهارچوب حجر بدهکار نیز بکار بسته شده است. البته، در فقه اهل سنت پای فشاری بر روی شیوه‌های غیرمالی است در حالی که در حقوق کنونی مصر نسبت به این شیوه‌ها نگاه خوبی روی نداده است. به طور مشابه، اجبار قضایی در حقوق مصر پذیرفته شده ولی، پیرامون اعتبار شرط جریمه‌ی مالی ناهم‌دیدگاهی دیده می‌شود این در حالی است که در فقه عامه، بر پایه‌ی نظریه‌ی عمومی شروط مشکلی در زمینه‌ی پذیرش شرط کیفری و جریمه‌ی مالی با هر مبلغی وجود ندارد.

## منابع و مأخذ

قرآن مجید

١. أمين أفندی، علی حیدر خواجه (علی حیدر)؛ درر الحکام فی شرح مجله الأحکام، الاجزاء الاول، الطبعه الاولى، بیروت: دارالجيل، ١٤١١.
٢. جواهری، حسن؛ «الجزء المالي أو «الشرط الجزائي»، مجله الفقه اهل البيت، سنة التاسع، العدد ٣٣، ١٤٢٥، ٣٣-٦٢.
٣. رازانی، بهرام؛ «نگاهی به قانون مدنی کنونی مصر»، مجله ی قانون وکلا، شماره ی ١٥، ١٣٧٨، ٣٦-٥٢.
٤. زحیلی، وهبه؛ الفقه الاسلامی و الدلته: الشامل للادله الشرعيه و الاراء المذهبيه ، جزء الرابع، الطبعه الثالثه، ١٤٠٩.
٥. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد: نظریه الالتزام بوجهه العام، الجزء الاول، بیروت: دار الحیاء التراث العربی، ١٩٥٢.
٦. -----؛ الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد: آثار الالتزام، الجزء الثاني قسمت الاول، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، ١٣٧٥ ه.ق.
٧. -----؛ الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة علی الانتفاع بالشیء؛ الايجار و العاریه، الجزء السادس، قاهره: قاهره: دار النهضه العربيه، ١٤٠٧.
٨. شلقانی، أحمد عبدالفتاح؛ «أحكام التعويض عن الاخلال بالعقد فی القانون الإنجليزى و الأمريكى و القواعد المقابله فی القانون المصرى»، اداره القضايا الحكوميه، السنه الرابعه عشره، يوليو، العدد ٣، ١٩٧٠، ٥٦٥-٦٦٣.
٩. غزال، جبرائيل؛ «أبحاث حقوقية سلطه القاضى فى تعديل التعويض الإلتاقى»، مجله القانون، ٣ (١٤)، ١٣٨٢ ه.ق.، ٤١-٧٢.
١٠. كاسانى الحنفى؛ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، جزء الرابع، دار الكتب العلميه، ١٤٠٦.

١١. محمد المحامی، سید عفیفی؛ « الغرامه التهديدية»، مجلة لمحاماة، السنة التاسعة و الستون، نوفمبر و ديسمبر، العدد ٩ و ١٠؛ ١٩٨٩، ١١٧-١٢٦.
١٢. محمد عبدالجواد محمد؛ «شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة»، مجلة القانون و الاقتصاد، السنة الثالثة و الثلاثون، ديسمبر، العدد ٤، ١٩٦٣، ٥٤٧-٦٦٢.
١٣. محمد حبيب، عادل جبري؛ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية: دراسة تحليلته تاصيله مقارنة، بيروت: دارالفكر الجامعي، ٢٠٠٤.
١٤. قضاء محكمة الاستئناف الأهلية، مجلة المحاماة، السنة الثالثة عشر، ديسمبر ١٩٣٢ - العدد ٣، ٣٠٥-٣٠٧.
١٥. قانون المدني ١٩٤٩.
١٦. مجلة الاحكام العدليه.
١٧. قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ بتعديل بعض احكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.
18. Amkhan, Adnan, "Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law (B)", Arab Law Quarterly, Vol. 6, No. 3, 1991, 297-308.
19. -----, "Specific Performance in Arab Contract Law ", Arab Law Quarterly, Vol. 9, No. 4, 1994, 324-338.
20. -----, "The Concept of Fault in the Arab Law of Contract ", Arab Law Quarterly, Vol. 9, No. 2, 1994, 171-179.
21. -----, "Termination for Breach in Arab Contract Law ", Arab Law Quarterly, Vol. 10, No. 1, 1995, 17-30.
22. -----, "The Effect of Change in Circumstances in Arab Contract Law", Arab Law Quarterly, Vol. 9, No. 3, 1994, 258-275.
23. Ariffhidayat Ali, Enforcement of Islamic Contracts: Issues in the Light of Contemporary Legal Frameworks, the Global University in Islamic Finance (INCEIF), 2010.
24. Rayner, Sue, "A Note on Force Majeure in Islamic Law", Arab Law Quarterly, Vol. 6, No. 1, 1991, 86-89.
25. Saleh, N, "Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws". Arab Law Quarterly, 4 (4), 1989, 269-290.
26. Wohidul Islam, Muhammad, "Dissolution of Contract in Islamic Law", Arab Law Quarterly, Vol. 13, No. 4, 1998, 336-368.

27. Zahraa, Mahdi and Aburima Abdullah Ghith, "*Specific Performance under the Vienna Sales Convention, English Law and Libyan Law*", Arab Law Quarterly, Vol. 15, No. 3, 2000, 304-332.