

رابطه بین الزام به اجرای عین تعهد و فسخ عقد (مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس)

ابوالفضل علی دایی احمدی^۱، محمدباقر پارساپور^۲، مرتضی شهبازی نیا^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۸/۰۵/۰۱

دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۱۳

چکیده

قوانین هر اندازه پویاتر بوده و با نیازهای اقتصادی و اجتماعی جامعه سازگارتر باشند با اقبال بیشتری روبرو شده و منجر به بهبود وضعیت زندگی افراد می‌شوند. نحوه مواجهه با نقض عهد و تخلف متعهد از انجام تعهدات قراردادی از این جمله است. اینکه آیا متعهدله ابتدا باید متعهد را به انجام تعهد اجبار کند و اگر انجام تعهد متعذر گردد می‌تواند قرارداد را فسخ کند یا حق انتخاب دارد تا با ملاحظه مصلحت خویش الزام متعهد را از دادگاه درخواست کند یا قرارداد را فسخ نماید، در عمل نتایج و آثار متفاوتی را به همراه خواهد داشت. مشهور فقهای امامیه الزام متعهد را بر فسخ قرارداد مقدم دانسته‌اند و به بیان دیگر فسخ قرارداد را در طول اجبار به انجام تعهد می‌دانند. حقوقدانان ایرانی نیز عمدتاً به تبعیت از نظر مشهور بر همین عقیده‌اند، ولی درمقابل برخی از فقیهان به متعهد له اختیار داده‌اند که به اراده خود اجبار

Email: parsapour@modares.ac.ir

* نویسنده مسئول مقاله:

متعهد یا فسخ را انتخاب کند (نظریه عرضی بودن). بر عکس، در حقوق انگلیس در راستای اهداف مورد نظر نظام سرمایه‌داری، اصل بر فسخ قرارداد و مطالبه خسارت از متعهد متخلف است و التزام متعهد به اجرای تعهد و الزام وی به عنوان یک استثناء در پاره‌ای موارد پذیرفته شده است.

در این مقاله با بررسی این موضوع در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس، ضمن رد نظریه مشهور، ثابت کردیم که وجود رابطه عرضی بین فسخ و اجبار به انجام تعهد، مطابق با موازین عقلی و عرفی، غیرمغایر با موازین شرعی و دیدگاهی راهگشا در روابط تجاری و معاملی امروز است.

واژگان کلیدی: الزام به اجرای عین تعهد، فسخ قرارداد، سیره عقلا، شرط ضمنی ارتكازی، رابطه طولی و عرضی.

۱. مقدمه

نظم حاکم بر روابط اجتماعی متأثر از نظم حقوقی و سازوکارهایی است که قانون در اختیار اشخاص می‌گذارد. ضمانت اجراها سازوکارهای قانونی هدایت و نظارت بر روابط قراردادی‌اند که قانون راساً و یا به تبع اراده اشخاص، آن‌ها را وضع می‌کند. در گذشته، عمده معاملات افراد به صورت کالا به کالا و به شکل عین معین انجام می‌شد و محدود روابط حقوقی مبتنی بر ارائه خدمات نیز بر اساس اعتماد قبلی شکل می‌گرفت. با گذر زمان و شکل‌گیری ابزارهای متنوع پرداخت همچون پول و یا اسناد اعتباری و نیز با تخصصی شدن مشاغل، تعهدات مؤجل و وعده دار گسترش یافت. عدم شناخت قبلی و نیز مؤجل بودن تعهدات موجب نگرانی ناشی از احتمال نقض عهد شده و بیم آن می‌رفت که روابط اقتصادی کاهش و جرایم افزایش یابد؛ لذا قانونگذاران با توجه به این تغییرات، به فکر حمایت از روابط قراردادی افتادند تا به این طریق نیازهای حقوقی جدیدی را که متأثر از تحولات جدید اجتماعی بود، مرتفع سازند. در این بین نظرات مختلفی در خصوص نحوه حمایت و ایجاد رابطه قراردادی



مطرح شده است. برخی اعتقاد دارند بر مبنای ضرورت احترام به روابط قراردادی می‌بایست تا حد امکان به این رابطه پایبند بود و تا زمانی که راهی برای اجرای تعهدات قراردادی وجود دارد، نمی‌توان رابطه قراردادی را بر هم زد. دیدگاه غالب در حقوق ایران به تبعیت از فقه اسلامی به دلایل متعددی، اصل را بر الزام متعهد به انجام عین تعهد می‌دانند و در نتیجه فسخ را به عنوان ضمانت اجرایی دیگر آن هم در طول آن قلمداد می‌کنند. در نقطه مقابل در برخی از نظام‌های حقوقی از جمله انگلیس بنابر اقتضائات ناشی از تحولات اجتماعی و اقتصادی حاکم و نیز اصالت سرمایه، اصل بر امکان فسخ و جبران خسارت بنا گذاشته شده و جز در موارد خاص، الزام را مورد حکم قرار نمی‌دهند. مطابق رویه قضایی انگلیس حتی متعهد نیز می‌تواند بدو عقد را فسخ کند، مشروط به اینکه خسارت وارده را جبران کند. قطعاً، اعمال هر یک از این نظرات بر روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه تأثیر می‌گذارد و به افزایش یا کاهش اعتماد عمومی نسبت به قوانین و روابط حقوقی و اقتصادی شکل گرفته در بستر آن جامعه منجر می‌شود. در این مقاله با بررسی موضوع در نظام حقوقی انگلیس و مقایسه آن با رویکردهای فقهی و حقوقی، نظر خود را که به زعم خویش بهترین راهکار در این باره می‌دانیم ارائه خواهیم کرد.

پیش از ورود به بحث اشاره به دو نکته لازم است: نخست اینکه موضوع رابطه میان الزام به انجام عین تعهد و فسخ عقد متوقف بر این است که بپذیریم متعهد اصولاً مکلف به انجام تعهد است و جز در موارد خاص، عذری از جانب او در خصوص عدم انجام تعهد پذیرفتنی نیست. نکته دوم آنکه علاوه بر اینکه متعهد مکلف به انجام تعهد است متعهدله نیز حق دارد در فرض خودداری متعهد از اجرا او را به انجام تعهد الزام کند.

در حقوق ایران به پیروی از فقه، وجوب وفای به تعهد نسبت به متعهد و نیز امکان الزام او از جانب متعهدله به عنوان یک اصل در ارتباط با تعهدات اصلی امری تثبیت شده است و تا آنجا که بررسیها نشان می‌دهد موضع مخالفی در این مورد دیده نشده

است. این در حالی است که از نقطه نظر فقهی در تعهدات فرعی یا به عبارتی دیگر شروط ضمن عقد در این باره که آیا مشروط علیه تکلیفی به انجام شرط دارد یا خیر و در فرض وجود چنین تکلیفی آیا مشروط‌له می‌تواند الزام مشروط علیه بر انجام شرط را از دادگاه بخواهد اختلاف نظر وجود دارد:

مشهور فقیهان امامیه انجام شرط را به عنوان یک تکلیف شرعی که بر عهده مشروط‌علیه قرار گرفته است، مورد شناسایی قرار داده و در این خصوص به حدیث نبوی مشهور المومنون عند شروطهم (حر عاملی، ۱۳۹۱، ص ۳۰) و نیز روایت منقول از امیرالمومنین (ع) با مضمون «من شرط علی امراته شرطاً فلیف لها به» (همو، ص ۵۰) استناد کرده‌اند.

در نقطه مقابل، بعضی از فقیهان (شهید اول، بی‌تا، ص ۱۲۰، علامه حلی، ۱۴۱۸، ص ۹۱، سیوری حلی، ۱۴۰۴، ص ۷۱) معتقدند که بر مشروط علیه وفای به شرط واجب نیست و تنها فایده شرط این است که عقد را در معرض زوال قرار می‌دهد یعنی مشروط‌له می‌تواند به دلیل عدم انجام شرط عقد را بر هم بزند. شایان ذکر است که در فقه عامه نیز در فرض عدم وفای به شرط، به مشروط‌له اختیار داده شده که یا عقد را فسخ کند و یا عوض شرط (ارش) را از مشروط‌علیه مطالبه کند (جزیری، ۱۴۰۶، ص ۲۳۰).

بعضی از محققان (ایروانی، ۱۳۸۴، ص ۶۶) در تأیید دیدگاه شهید و دیگران بر این باورند که حدیث نبوی یاد شده را باید بر ظاهر آن که اخبار است حمل کرد و آن را در مقام بیان یکی از صفات مومنین دانست. مانند این گفته شود مومن اگر وعده‌ای دهد بدان وفا می‌کند. بر این اساس این حدیث بیانگر حکمی اخلاقی است تا حکمی تکلیفی. در ارتباط با حدیث منقول از امیرالمومنین (ع) نیز گفته شده است که اگر اجمال نداشته باشد نهایت امر دلالت بر استحباب وفای به شرط دارد.

ولی به نظر می‌رسد بر خلاف آنچه ادعا شده است حدیث نبوی، ظهور در حکم تکلیفی لزوم وفای به شرط و عمل بر طبق آن دارد؛ بلکه با توجه به آنچه در علم



اصول به اثبات رسیده می‌توان گفت که دلالت نبوی به عنوان یک جمله خبری که در مقام انشا صادر شده است بر وجوب وفای به شرط از جمله انشاییه مؤکدتر است. بدین جهت استناد به اصل عدم وجوب وفا برای اثبات عدم تکلیف مشروط‌علیه نسبت به اجرای شرط که در نوشته بعضی از فقیهان (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ص ۷۱) مطرح شده است قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد. البته ممکن است گفته شود که چون برای مشروط‌له راه‌هایی از قرارداد از طریق فسخ وجود دارد، بنابراین الزام متعهد به اجرای شرط فاقد توجیه است، ولی این سخن نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا در غالب معاملات اگر برای مشروط‌له حق اجبار وجود نداشته باشد وی متضرر خواهد شد و فسخ قرارداد نمی‌تواند ضرر ناشی از عدم اجرای تعهد را جبران کند.

جالب است بدانیم که در حقوق انگلیس هم با موضوعی مشابه با دیدگاه یادشده مواجه هستیم. در حقوق این کشور با پذیرش "نقض عهد اختیاری"^۱ به متعهد اجازه داده شده تا به اختیار، تعهدات قراردادی را نقض کند مشروط به اینکه با پرداخت خسارات وارده و یا انتظاری، متعهد له را از لحاظ منافع مکتسبه در وضعیتی قرار دهد، که در صورت اجرای تعهدات در آن موقعیت قرار می‌گرفت. متعهدله نیز می‌تواند به صرف امتناع متعهد از وفای به عهد، عقد را فسخ و مطالبه خسارت کند. در این نظام اجرایی عین تعهد استثنایی است و در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، متعهد له می‌تواند مطالبه خسارت کند و در صورتی که شرط نقض شده از جمله شروط اصلی باشد اجازه فسخ قرارداد نیز داده شده است. (Cheshire & Others, 2007, p.681). در توجیه نقض عهد اختیاری چنین گفته شده که متعهد با نقض عهد منافع خود را به روابطی با بازدهی بیشتر اختصاص می‌دهد و این امر نهایتاً به

نفع تمام جامعه است؛ زیرا تمامی خسارات وارده به متعهدله جبران می‌شود و به متعهد نیز لطمه‌ای وارد نمی‌شود؛ بنابراین آن را «نقض عهدکارا»^۱ نیز گفته‌اند.

در مرحله بعد میان قائلان به وجوب وفای به شرط نیز در این مورد که آیا می‌توان مشروط‌علیه را در فرض امتناع، به انجام شرط وادار کرد یا خیر، اتفاق نظر وجود ندارد. مرحوم شیخ طوسی از جمله کسانی است که اجبار مشروط‌علیه را جایز نمی‌داند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۱) ولی گروهی از فقیهان در مخالفت با این قول بر این اعتقادند که به مقتضای عقد، مشروط‌له مالک شرط شده است (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۴۵ و ۲۴۷) و از این رو می‌تواند مشروط‌علیه را بر انجام آن مجبور سازد. علاوه بر این برای اثبات حق مطالبه مشروط‌له، می‌توان به سیره عقلا که مورد توافق فقها و متشرعه است استدلال کرد (حکیم، ۱۴۲۰، ص ۲۳۹).

در تأیید دیدگاه اخیر که قانونگذار مدنی ایران نیز از آن پیروی کرده است، می‌توان گفت که قول به عدم امکان الزام متعهد به انجام شرط را باید نشأت گرفته از قول به عدم وجوب عمل بر طبق شرط و فرع بر آن دانست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۲۷۴) و اینکه گفته شود وجوب عمل به شرط یک حکم تکلیفی صرف بوده و استحقاقی را برای مشروط‌له نسبت به مطالبه آن ثابت نمی‌کند، احتمالی ضعیف است. گذشته از این به کمک ادله امر به معروف و نهی از منکر می‌توان الزام متعهد را به انجام شرط و لو از طریق مراجعه به حاکم ثابت کرد.

در جمع‌بندی مطالب بالا به نظر می‌رسد که با توجه به رویکرد فقه در ارتباط با تعهدات اصلی که الزام به اجرای عین تعهد را به عنوان اولین ضمانت اجرای مطرح در مواجهه با نقض تعهدات قراردادی مورد تأکید قرار داده و فسخ قرارداد را جز در موارد استثنایی که از ناحیه پایبندی متعهدله به قرارداد ضرری متوجه او می‌شود منتفی می‌داند، باید بر این باور بود که در این دسته از تعهدات باید بر طولی بودن



رابطه میان این دو ضمانت اجرا نظر داد و بحث را بر روی تعهدات فرعی یا شروط ضمن عقد متمرکز کرد، البته در حقوق انگلیس وضعیت متفاوت است و کلیه تعهدات اعم از اصلی و تبعی مشمول بحث قرار می‌گیرند.

موضوعی که محور اصلی بحث ما در این مقاله است این است که آیا با وجود امکان الزام متعهد به انجام شرط، برای متعهدله امکان فسخ قرارداد وجود دارد یا اینکه حق فسخ صرفاً در صورتی ثابت می‌شود که اجبار متعهد به انجام شرط متعذر شود؟ به بیان دیگر حق فسخ در طول الزام متعهد است یا در عرض آن؟

۲. بیان نظریات (تحلیل و نقد)

به طور کلی اینکه آیا مشروط له تنها در صورتی می‌تواند قرارداد را فسخ کند که امکان اجرای تعهد ولو از طریق اجبار مشروط علیه وجود نداشته باشد (نظریه طولی بودن) یا اینکه فسخ قرارداد در کنار حق الزام متعهد به عنوان دو راهکاری است که متعهدله حق انتخاب آن را دارد (نظریه عرضی بودن) دو نظریه‌ای است که در فقه امامیه مطرح است و ما ضمن تحلیل و نقد آنها به موضع حقوق ایران در این باره می‌پردازیم:

۲-۱. نظریه طولی بودن رابطه میان الزام به اجرای عین تعهد و فسخ قرارداد
اعتقاد به وجود رابطه طولی، نظرگروهی از فقیهان امامیه است که گاه به مشهور نیز نسبت داده شده است. مطابق با این دیدگاه، در صورت نقض عهد از سوی مشروط- علیه، مشروطله ابتدا می‌بایست الزام مشروط علیه را به انجام شرط درخواست کند و در صورتی که الزام منتهی به اجرا نشد حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. مرحوم شیخ انصاری در تأیید نظریه طولی بودن چنین بیان داشته‌اند که با وجود امکان اجبار مشروط علیه دلیلی بر جواز فسخ قرارداد وجود ندارد؛ زیرا که مقتضای عقد مشروط عمل نمودن بر طبق شرط خواه به صورت اختیاری و خواه به صورت

اجباری و قهری است. درست به همین دلیل است که بعضی از محققان (ایروانی، ج ۲، ص ۶۷) از طرح این مسأله به شگفت آمده و اجتماع این دو ضمانت اجرا را در کنار هم امری نامعقول پنداشته اند؛ زیرا با وجود امکان انجام شرط ولو به اجبار موضوع خیار که تعذر انجام شرط باشد محقق نمی‌شود.

برخی تا آنجا پیش رفته اند که اعتقاد دارند اگر در مورد حق فسخ اجماعی وجود نداشت و از اخبار فسخ مانند حدیث لاضرر و خبر ابوجارود مروی از امام باقر (ع)، امکان فسخ استنباط نمی‌شد، ممکن بود اجبار ممتنع در فرض امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط تنها راه در نظر گرفته شود (نجفی، ۱۳۶۲، ص ۲۱۹). بنا به نظر مشهور می‌توان گفت که عمده دلیل بر ثبوت خیار در فرض تخلف مشروط‌علیه از انجام شرط حدیث لاضرر و سیره عقلا و اجماع است (حکیم، ۱۴۲۰، ص ۲۳۹؛ امام خمینی، بی تا، ص ۲۲۰؛ خویی، ۱۴۱۴، ص ۲۲۲).

در مورد حدیث لاضرر باید گفت که با امکان اجبار مشروط‌علیه به اجرای شرط و دست‌یابی مشروط‌له به حق خویش حکم به وجوب وفای به عقد از جانب شخص اخیر حکمی ضرری نیست تا به استناد حدیث یاد شده بتوان آن را نفی و اجازه فسخ قرارداد را به وی داد. در ارتباط با سیره عقلا نیز با توجه به اینکه دلیلی لبی است باید در مورد آن اخذ به قدر متیقن کرد و قدر متیقن سیره، در مورد تعذر اجبار است؛ زیرا عقلا در جایی که مشروط‌علیه از انجام شرط سرباز می‌زند ولی امکان تحقق شرط از طریق اجبار وی بدون هیچگونه عسر و حرجی وجود دارد حکم به خیار نمی‌کنند یا دست کم حکم به ثبوت خیار در چنین موردی مشکوک است. در این صورت ناگزیر باید به ادله وجوب وفای به عقد و اصل لزوم قراردادی مراجعه کرد؛ زیرا استناد به ادله خیار حتی با این فرض که لفظی باشند از باب تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود که در علم اصول فقه مردود دانسته شده است. در مورد اجماع نیز علاوه بر اشکال مذکور در باره سیره، اجماع مدرکی است؛ زیرا



احتمال دارد مستند اجماع کنندگان دلایل دیگر از جمله حدیث لاضرر یا سیره باشد و در علم اصول اجماع مدرکی از حجیت و اعتبار برخوردار نیست.

در حقوق ایران، قانون مدنی همین راه حل را به عنوان یک قاعده پذیرفته است؛ یعنی نخست باید متعهد را به انجام شرط اجبار کرد و فسخ قرارداد را در مرحله بعد به کار گرفت. برابر ماده ۲۳۷ ق.م. هر گاه شرط ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد. و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفاء شرط کند.

نویسندگان حقوق مدنی نیز در برداشت از ماده مزبور حق فسخ قرارداد را منوط به این دانسته‌اند که اجبار مشروط علیه به اجرای شرط وجود نداشته باشد (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ص ۲۱۸ و ۲۱۹؛ امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۸۹ و ۲۹۰؛ شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۱۷؛ صفایی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۷).

رویه قضایی نیز به تبع نظر مشهور در فقه و حقوق با اعمال نظریه رابطه طولی، الزام را بر فسخ مقدم داشته است. رأی شماره ۱۳۸۷-۱۳۱۶/۶/۱۵ شعبه اول دیوان عالی کشور آورده است: «اصولاً طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی با فرض اینکه اثبات شود مدعی-علیه تخلف از شرط کرده است بدو بایستی اجبار بر وفای به شرط تقاضا شود و مادام که تعذر به اجبار معلوم نباشد برای مدعی حق فسخ نخواهد بود» (نیک فر، ۱۳۷۱، ص ۹۱) و شعبه ۶ دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۱۰۸-۱۳۲۷/۷/۱۴ در ارتباط با تعهدات اصلی قراردادی نیز موضعی مشابه با آنچه در ارتباط با شروط قراردادی گذشت، اتخاذ کرده است. شعبه یاد شده در خصوص اختیارات خریدار در قبال تأخیر فروشنده در تسلیم مبیع چنین اظهار نظر کرده است: «تأخیر در تسلیم مبیع موجب فسخ یا انفساخ معامله نیست تا خریدار بتواند بدو مطالبه ثمن نماید، بلکه فروشنده الزام به تسلیم می‌گردد، چنان که الزام ممکن نباشد حق فسخ حاصل خواهد شد» (همو، ص ۶۴).

شایان ذکر است که برخلاف موضع حقوق ایران که اصل را بر اجبار متعهد به اجرای تعهد گذاشته است در حقوق انگلیس اصل بر جواز فسخ قرارداد است و الزام به اجرای عین تعهد به عنوان یک استثناء و ضمانت اجرای فرعی مطرح است. برخی از حقوقدانان انگلیس معتقدند در صورتی که بتوان هدف اقتصادی متعهدله را با پرداخت پول محقق کرد، دلیلی بر تسلط او بر متعهد و به تبع آن الزام نامبرده به اجرای تعهدات قراردادی وجود ندارد ضمن اینکه صدور حکم از سوی مراجع قضایی و عدم اجرای آن را موجب خدشه دار شدن اعتبار دستگاه قضایی می‌دانند. البته در این نظام حقوقی نیز به فراخور موضوع قرارداد و یا ماهیت آن و بر مبنای قاعده انصاف، الزام به اجرای تعهدات قراردادی مشروط به تشخیص دادگاه ممکن است مورد حکم واقع شود (Anson, 1986, p517) به همین دلیل پاره‌ای از نویسندگان آن را جزء ضمانت‌اجراهای انصافی^۱ در نظر گرفته اند. بدین ترتیب که تمسک به اجبار به انجام عین تعهد، در شرایطی مورد حکم قرار می‌گیرد که پرداخت خسارت بر اساس قواعد حقوقی غیر منصفانه و یا غیرکافی باشد (Beale, Bishop & Furmston, 2007, p.711). از جمله این موارد، عبارتند از:

۱) تعهدات مالی: در این تعهدات چون جبران خسارت مالی، تفاوتی با الزام به اجرای تعهدات ندارد، الزام به اجرا مورد حکم واقع می‌شود (Treitel, 1990, P.785). ۲) عدم کفایت جبران خسارت^۲: زمانی که جبران مالی خسارت، کافی به مقصود نبوده و نتوان به این طریق خسارت وارده را جبران کرد. (Stephen Judge, 2009, p.125). ۳) منحصر به فرد بودن^۳ موضوع قرارداد: در این قراردادها امکان جبران خسارت با پرداخت وجه و یا تهیه از ثالث وجود ندارد؛ بنابراین اجبار به انجام عین تعهد مورد حکم قرار می‌گیرد. مثل قرارداد خرید یک اثر هنری و یا عتیقه (Lawson, 1980, P.212).

1. Equitable Remedies
2. damages an Inadequacy of remedy
3. unique



۴) خاص بودن مبیع: قراردادهایی همچون فروش زمین، به دلیل خاص بودن مبیع امکان جبران خسارت با پرداخت وجه نقد وجود ندارد، چراکه خواهان به زمین خریداری شده برای اهداف خاص خود نیاز دارد و با از دست رفتن این معامله، خسارات وی با جبران نقدی تأمین نمی‌شود (Ibid, p. 213) در کالای خاص اشتیاق و ویژگی اصلی مورد نظر خریدار است، لیکن در کالای منحصر به فرد انحصار از ویژگی های کالا است. ۵) مشکل تعیین خسارت: ارزش‌گذاری برای برخی کالاها و خدمات سخت است و با وجود امکان محاسبه خسارت، اثبات میزان خسارت وارده به خواهان یا ارکان آن با مشکل روبرو است (Treitle, 1990, p. 787). ۶) کم بودن خسارت: در مواردی که خسارت وارده به متعهد به قدری کم است که صرفاً خسارت اسمی^۲ را پوشش می‌دهد، منفعت متعهدله در اجرای تعهدات قراردادی است.

ماده ۵۲ قانون فروش کالای ۱۹۷۹ انگلیس نیز از موارد نادری که الزام به اجرای قرارداد مورد حکم قرار گرفته است:

«در دعاوی مرتبط قراردادی که به موجب آن مقرر گردیده است عین معینی تحویل شود یا در مواردی که کالایی برای قرارداد تخصیص داده شده باشد، دادگاه می‌تواند در صورتی که صلاح بداند به تقاضای خواهان طی حکم یا دستوری مقرر دارد که قرارداد باید عیناً اجرا شود، بدون اینکه به خواننده این حق داده شود که از تسلیم کالا خودداری نموده و به جای آن خسارت وارده را پرداخت نماید».

در مقابل مواردی است که دادگاهها، فسخ و پرداخت خسارت را بر الزام ترجیح می‌دهند از جمله:

۱) عسر و حرج ناشی از اجرا: ۲) در مواردی که الزام به اجرا مشقت زیادی دارد مورد حکم واقع نمی‌شود، برای مثال، در پرونده «دین علیه لایت»^۱ دادگاه ضرورت

1. damages hard to quantify
2. Nominal Damage
3. Severe hardship

درخواست الزام به انجام عین تعهد را در خصوص خریدار زمین کشاورزی که سرتاسر اطراف آن متعلق به غیر بوده و راه رفت و آمد نداشت را رد کرد. همچنین است در جایی که در صورت اجرای قرارداد، هزینه آن بیش از منافع مکتسبه خواهان باشد.^۲ مثلاً در پرونده «پاتل علیه علی»^۳ دادگاه در حالی که ۴ سال از قرارداد گذشته و هیچ یک از طرفین به تعهدات خود عمل نکرده و الزام طرف مقابل را نخواست به حکم به عدم امکان الزام داد؛ چرا که در این مدت همسر خریدار به ورشکستگی دچار شده و در اثر آن بیماری سختی بر او عارض شده بود (Treitle, 1990, p. 790) در این حالت الزام به اجرا نه تنها باعث تشدید مشکلات روحی و جسمی بوده که عملاً به دلیل نداشتن پول لازم جهت پرداخت کل ثمن معامله، الزام عقیم می‌ماند. (۲) ناعادلانه بودن اجرا؛ ممکن است که قرارداد به دلیل وجود نقض و یا عدم رعایت انصاف و عدالت در انعقاد قابل الزام نباشد؛ مثلاً خریدار به فروشنده در خصوص وجود معدن در زمین وی اطلاعات خلاف واقع می‌دهد و خریدار پس از انعقاد قرارداد و قبل از تسلیم متوجه خلاف بودن اطلاعات می‌شود. (۳) قراردادهای ارائه خدمات شخصی^۴ : به عنوان یک قاعده کلی، دادگاه نمی‌تواند در قراردادهای خدمات شخصی همچون قراردادهای استخدامی، وکالتی و یا پزشکی، الزام به اجرای قرارداد را مورد حکم قرار دهد. به همین دلیل قانون اتحادیه و روابط کارگری^۵ ۱۹۹۲ نیز امکان الزام را ممنوع ساخته است. (۴) قراردادهای نیازمند نظارت مستمر: در قراردادهایی که اجرای آنها نیازمند گذشت زمان و نظارت مستمر محاکم است از ضمانت اجرای الزام استفاده نمی‌شود.^۶ (۵) تقابل اجرا^۷ : الزام به اجرا در مواردی که طرف مقابل از انجام

1. Denne V. Light (1857) 8 D.M. & G 774
2. Tito V. Waddell (no. 2) [1977] Ch.106,326
3. Patel V. ali [1984] Ch. 283
4. unfairness
5. contracts of personal service
6. Trade Union and Labor Relations Act 1992 , article 236: ((No compulsion to work. No court shall, whether by way of— (a)an order for specific performance....))
7. Rayan V. Tontine Westminster chambers Association (CA.1893)



تعهدات قراردادی خود استنکاف کرده است ، خلاف انصاف است . (Guest, 1986, P. 518) کفایت پرداخت خسارت: در صورتی که حکم به جبران پولی خسارت، کفایت خسارت وارده را بکند، عموماً حکم به اجرای الزامی تعهد، نمی‌شود. (۷) غیر ممکن بودن الزام:^۲ مثل الزام به اجرا در مواردی که طرف قراردادی مالک موضوع قراردادی نیست و نمی‌توان مالک اصلی را نیز الزام به انتقال کرد^۳ یا در قرارداد بین یک صغیر و یک شخص بالغ.^۴ (۸) عدم امکان اجرا: عدم امکان ارتباط مستقیم با خود موضوع قرارداد دارد. مثلاً موضوع قرارداد به دلیل مخالفت با قانون و یا نظم عمومی قابلیت اجرا ندارد.^۵ (۹) اجرا دارای وحدت مطلوب است: الزام به اجرا در خصوص تعهداتی که از لحاظ زمانی یا سایر شرایط وحدت مطلوب دارند، امکان‌پذیر نیست. (۱۰) عدم تعیین شرایط اجرا: در مواردی که شرایط اجرای تعهد به درستی و به دقت مشخص نشده باشد، به دلیل صعوبت تعیین آنها و ایجاد رضایت در طرفین، صدور حکم به پرداخت خسارت بیشتر مورد استقبال محاکم است.

۲-۲. نظریه عرضی بودن رابطه میان الزام به اجرای عین تعهد و فسخ قرارداد

در مقابل مشهور، بعضی از فقها معتقد به وجود رابطه عرضی بین این دو ضمانت اجرا بوده و اختیار انتخاب و اعمال هریک از این دو را به دست مشروط‌لهی که با نقض عهد مواجه شده می‌دهند (کرکی، ۱۴۱۰، ص ۴۲۲ و ۴۲۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ص ۱۲۸، (امام) خمینی، بی‌تا، ص ۲۲۰؛ توحیدی تبریزی، بی‌تا، ص ۳۴۸؛ طباطبایی قمی، بی‌تا، ص ۱۳۴).

1. Mutuality
2. impossibility
3. Castle V. Wilkinson (1870) L.R.5 Ch. A pp534
4. Flight v. Bolland (1828)
5. Cashel v. Wilkinson (1870) & Wilmoult v. Barder (1820)

قبل از هر چیز ذکر این نکته ضروری است که بررسی‌ها در متون فقهی و آرای فقیهان نشان می‌دهد که نظریه طولی بودن مورد اتفاق نظر فقیهان امامیه نیست و در این زمینه کافی است که به مخالفت صریح فقیه سترگی همچون مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره اشاره کنیم که با طرح این مسأله که اگر در ضمن قرارداد بیعی شرط شود که مشتری چیز دیگری را به بایع بفروشد و یا بعد از گذشت یک ماه یا فوراً مبلغی را به او قرض بدهد ولی به شرط عمل نکند، عقد بیع باطل نمی‌شود ولی بایع مخیر است که یا عقد را فسخ کند و یا مشتری را به انجام شرط وادار سازد (علامه حلی، ج ۱۰، بی تا، ص ۲۵۲).

طرفداران نظریه عرضی بودن به منظور اثبات دیدگاه خود دلایل ذیل را مطرح می‌کنند:

الف) تحلیل حق فسخ از طریق اقاله: مرحوم شیخ انصاری که خود از قائلین به طولی بودن رابطه میان الزام به اجرای تعهد و فسخ عقد است، بیان می‌دارد که مستندی برای امکان فسخ قرارداد با فرض تمکن از اجبار متعهد نمی‌شناسد اما در تأیید قول به تخییر میان این دو ضمانت اجرا دست به توجیهی می‌زند که آن را رد نمی‌کند. فقیه یاد شده در این باره چنین بیان داشته که عمل به شرط در صورتی به عنوان یک حق، علیه مشروط علیه لازم است و می‌توان او را به انجام آن مجبور کرد که خود مشروطه بنا داشته باشد که وفای به عقد بکند ولی چنانچه او به دلیل خودداری مشروط علیه از وفای به عقد آنگونه که واقع شده تصمیم به فسخ بگیرد پس او می‌تواند از انجام قرارداد امتناع کند و چنین وضعیتی به منزله اقاله‌ای است که از روی تراضی طرفین واقع شده باشد (شیخ انصاری، ۱۴۲۹، ص ۷۱ و ۷۲)، ولی صرف نظر از اینکه بنابر توجیه فوق آنچه اتفاق می‌افتد اقاله است نه فسخ، اشکالی که به نظر می‌رسد این است که نمی‌توان امتناع مشروط علیه از انجام شرط را به معنی فسخ قرارداد یا به تعبیر دقیق‌تر درخواست اقاله قرارداد از جانب او تلقی کرد که در



نتیجه با قبول این درخواست از سوی مشروطه، گفته شود اقاله تحقق پیدا کرده است.

ب) سیره یا بنای عقلا: بعضی از فقهای معاصر (امام خمینی، بی تا، ص ۲۲۰) برای اثبات حق فسخ با وجود امکان الزام مشروط علیه به بنای عقلا استناد کرده‌اند. به عقیده آنان گذشته از اینکه مشروط علیه می‌تواند به مقتضای حقی که از شرط به دست آورده متعهد را به اجرای شرط مجبور کند خیار تخلف از شرط نیز به بنای عقلا بدون آنکه متوقف بر تعذر انجام شرط باشد، ثابت می‌شود، ولی همانطور که پیشتر اشاره شد سیره عقلا دلیلی لبی است و قدر متیقن از سیره صورتی است که امکان تحقق شرط ولو از طریق اجبار مشروط علیه وجود نداشته باشد. مشروط له، حق فسخ را به اعتبار تخلف مشروط علیه از شرط و حق الزام به اجرای تعهدات قراردادی را به سبب اشتراط خواهد داشت.

ج) شرط ضمنی ارتکازی: بعضی از محققان در ارتباط با مفهوم شرط چنین تحلیل کرده‌اند که شرط در حقیقت به معنای آن است که مشروط له التزام خود به قرارداد را منوط به تحقق شرط (و نه صرفاً التزام مشروط علیه به انجام آن) می‌سازد. نتیجه چنین تحلیلی از شرط آن خواهد بود که گویا به طور ضمنی مشروط له با مشروط علیه شرط کرده است که اگر مشروط علیه به تعهد خود عمل کند او به قرارداد متعهد است و در غیر این صورت قرارداد نسبت به وی لازم الوفا نخواهد بود. روشن است مطابق با تحلیل مذکور در فرض تخلف مشروط علیه از انجام شرط، مشروط له می‌تواند قرارداد را فسخ کند، خواه الزام متعهد ممکن باشد یا متعذر (طباطبایی یزدی، بی تا، ص ۱۲۸؛ اصفهانی، بی تا، ص ۱۵۹؛ توحیدی تبریزی، بی تا، ص ۳۷۴).

شایان ذکر است که قانونگذار در پاره‌ای از مقررات به مشروط له این اختیار را داده است که یا اجبار متعهد را به اجرای شرط بخواهد و یا عقد را فسخ کند: مطابق ماده ۴۹۶ ق.م. «... نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد».

همچنین در بند (د) از ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳ اردیبهشت ماه ۱۳۶۲ که موارد امکان فسخ اجاره از سوی موجر را اعلام کرده است چنین آمده است: «در صورتی که مستأجر با تعهد به پرداخت اجاره در مهلت مقرر از آن شرط تخلف نماید».

هر چند که مواد یاد شده را باید به عنوان موارد استثنایی از قاعده عمومی مذکور در ماده ۲۳۹ تلقی کرد ولی با این وجود تمایل قانونگذار را به نظریه عرضی بودن به روشنی نشان می‌دهد.

۳. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

در مقام داوری میان دو نظریه طولی و عرضی بودن رابطه بین الزام به اجرای تعهد و فسخ قرارداد به نظر می‌رسد که اختلاف نظر در فقه در این خصوص درواقع به مدرک و مستند خیار فسخ بر می‌گردد. اگر دلیل بر ثبوت خیار فسخ در فرض تخلف و امتناع از اجرای شرط آنگونه که مشهور معتقد هستند حدیث لاضرر، سیره عقلا و اجماع باشد همانطور که گفته شد فقط در صورتی مشروط‌له می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد کند که امکان اجرای تعهد قراردادی بدون عسر و حرج ولو از طریق اجبار متعهد وجود نداشته باشد ولی اگر ثبوت خیار را بر مبنای شرط ضمنی و تحلیلی از مفهوم شرط بپذیریم که به موجب آن هنگام انشای عقد مشروط، عقد التزام مشروط-له به قرارداد معلق بر انجام تعهد از سوی مشروط علیه شده است و در نتیجه وی به طور ضمنی شرط کرده است که اگر مشروط‌علیه به تعهد خود عمل کند او پایبند به قرارداد است و در غیر این صورت خود را ملتزم به قرارداد نمی‌داند، باید نظریه عرضی بودن را که بعضی از فقیهان اختیار کرده اند، برگزید. بنابراین اختلاف نظر میان فقیهان مبنایی خواهد بود.

تحلیل اخیر از مبنای خیار علاوه بر اینکه با عرف معاملی و مصالح متعهدله و پیشگیری از ورود زیان وارده بر وی در نتیجه عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرا



سازگارتر است و از سوء استفاده متعهد تا حد قابل توجهی جلوگیری می‌کند و در عمل نیز تا حد قابل توجهی از حجم کار دادگاهها می‌کاهد.

گذشته از این، حوزه معاملات را باید از عبادات که بیشتر احکام آن جنبه تعبدی دارد جدا کرد. ذکر یک نکته در اینجا ضروری به نظر می‌رسد و آن این است که در ارتباط با معاملات که احکام آن جز در مواردی که شارع دخالت کرده غالب احکام و مقررات ریشه عرفی دارد و این عرف و عقلا هستند که با ملاحظه مصالح اقدام به وضع قاعده می‌کنند؛ بنابراین پذیرش نظریه عرضی بودن و قراردادن آن به عنوان یک قاعده عمومی با موازین شرعی که به عقیده ما از مواردی است که در حوزه منطقه الفراغ قرار دارد، مغایرتی ندارد. به ویژه اینکه فقهای بزرگی به لحاظ نظری پشتوانه علمی آن را تقویت کرده اند. در اینجا بی‌مناسبت نیست اگر یکی از مشکلاتی که اجرای نظر مشهور در پی دارد را با ذکر یک مثال بیان کنیم. فرض کنید که در یک دعوی خواهان، زمین خود را به موجب قراردادی در اختیار دیگری قرار داده تا ساختمانی را ظرف مدت ۱۸ ماه در شش طبقه بسازد و پس از اتمام کار، نیمی از آنها متعلق به خواهان و نیمی دیگر تعلق به خوانده باشد. اما متعهد پس از پیشرفت ۳۰ درصدی، از ادامه عملیات ساختمانی خودداری کرده و خود را از دید خواهان پنهان نماید. حال اگر متعهدله پس از سپری شدن یکسال از تاریخ توقف عملیات، مبادرت به اقامه دعوی فسخ نماید و به موجب رأی دادگاه با این استدلال که: «هنوز اجل معهود فرا نرسیده است» با قرار رد دعوا مواجه شود و بعد از سپری شدن اجل قراردادی برای بار دوم، اقامه دعوی فسخ کند و این بار نیز دادگاه چنین استدلال کند که «در حقوق ایران اصل بر لزوم قراردادهاست و در صورت عدم انجام تعهدات قراردادی در اجل معهود متعهدله باید ابتدا الزام متعهد را خواستار شود و در صورت عدم امکان اجبار، تقاضای فسخ نماید»^۱ و بعد از سپری شدن یکسال از تقدیم دادخواست، قرار

عدم استماع دعوا را صادر کند. غیر عادلانه بودن چنین رأیی در حالی که متعهد با پنهان کردن خود به صورت ضمنی (وچه بسا صریح) اعلام کرده که حاضر به انجام تعهداتش نیست، بر کسی پوشیده نیست.

خوشبختانه برخی از محاکم با درنظر گرفتن اصول حقوقی و با مد نظر قراردادن مسیر عدالت، از این رویه روی برگردانده و گرفتار رویه‌های نادرست نشده‌اند. مثلاً در پرونده‌ای که خوانده متعهد بود ساختمان‌ی را ظرف مدت دو سال ساخته و تحویل دهد، پس از سپری شدن مدت زمان ۲۰ ماه از مدت قرارداد فقط ۲۰ درصد کار را انجام داد؛ بنابراین دادگاه با این استدلال که عملاً در مدت زمان باقی مانده (چهار ماه) امکان تکمیل بنا با الزام خوانده وجود ندارد، قبل از انقضای مدت قرارداد حکم به فسخ آن داد.^۱

۴. پیشنهاد

با توجه به نتیجه به دست آمده در این مقاله پیشنهاد زیر را در خصوص اصلاح ماده ۲۳۷ قانون مدنی ارائه می‌کند:

« هر گاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا آورد و در صورت تخلف، طرف دیگر می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید و یا قرارداد را فسخ کند».

۱. رأی شماره ۲۵۳۵ - ۸۷ دادگاه حقوقی شیراز که به موجب رأی شماره ۸۹۶ - ۸۸ شعبه ۶ دادگاه تجدید نظر استان فارس تایید شده است.



۵. منابع

۱-۵. منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۶، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۶.
۲. حائری شهابی، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چ ۱، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، ج ۴، چ ۳، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۱.
۴. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، چ ۱، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.

۲-۵. منابع عربی

۶. ایروانی، میرزا علی، حاشیه المکاسب، ج ۲، چ ۱، تهران، کیا، ۱۳۸۴.
۷. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، ج ۶، چ ۹، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۹ هـ. ق.
۸. توحیدی تبریزی، محمد علی، مصباح الفقاهه (تقریرات سید ابوالقاسم موسوی خویی)، ج ۷، چ ۱، بی‌جا، بی‌تا.
۹. جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۳، چ ۱، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۰. جزیری، عبد الرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، چ ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ. ق.

۱۱. حکیم، سید عبد الصاحب، *المرتقی الی الفقه الارقی* (تقریرات سید محمد حسینی روحانی)، ج ۲، چ ۱، تهران، دارالجلی، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۲. حلی، جمال الدین حسن (علامه حلی)، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، چ ۱، قم، موسسه ال البيت، بی تا.
۱۳. _____، *قواعد الاحکام*، ج ۲، چ ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۴. خراسانی، ملا محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، چ ۱، تهران، وزاره الثقافه و الارشاد الاسلامی، ۱۴۰۶.
۱۵. (امام) خمینی، سید روح الله موسوی، *البیع*، ج ۵، چ ۱، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
۱۶. خویی، سید محمد تقی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، ج ۱، چ ۱، بیروت، دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۷. سیوری حلی، جمال الدین مقداد (فاضل مقداد)، *التنقیح الرائع*، ج ۲، چ ۱، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن، *شیخ طوسی، المبسوط فی فقه المامیه*، ج ۲، چ ۳، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ هـ.ق.
۱۹. غروی اصفهانی، شیخ محمد حسین، *حاشیه المکاسب*، ج ۳، چ ۱، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، بی تا.
۲۰. قمی، سید تقی طباطبایی، *مبانی منهاج الصالحین*، ج ۶، چ ۱، قم، منشورات قلم الشرق، بی تا.
۲۱. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴، چ ۲، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲۲. مکی عاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، *اللمعه الدمشقیه*، چ ۱، بی جا، دار التراث الدار الاسلامیه، بی تا.

ابوالفضل علی دایی احمدی و همکاران ————— رابطه بین الزام به اجرای عین تعهد ...



۲۳. نجفی، شیخ محمد حسن (صاحب جواهر)، *جواهر الکلام*، ج ۲۳، چ ۷، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.
۲۴. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *حاشیه المکاسب*، ج ۲، چ ۴، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۰.
۲۵. حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج ۱۵، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.

۳-۵. منابع لاتین

26. Alschul er, Albert, «The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Later», *Chicago Unbound*, VOLUME 49, NUMBER 3, 1997.
27. Beale H.G., W.D. Bishop & M.P. Furmston, *Contract Cases & Material*, fifth edition new York, oxford university press, 2007.
28. Black, Henry Campbell, *Blacks Law Dictionary*, sixth edition, west publishing, London, 1990.
29. Cheshire, Fifool & Furmston, *Law of Contract*, 15th ed, London, 2007.
30. Elise, Bant, «Reconsidering the Role of Election in Rescission», *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 32, Issue 3, 2012.
31. Elizabeth A. Martin & Jonathan Law, *A Dictionary Of Law*, sixth Edition, new York, oxford, 2006.
32. Guest Anson A. G., *Anson's contract law*, 26th edition, new York, oxford university press, 1986.
33. Lawson F.H., *Remedies of English law*, Butter Worth's, second edition, London, 1980.
34. Michael A. Schmitt & Michael Pasterczyk, *Specific Performance under the Uniform Commercial Code - Will Liberalism Prevail?*, DePaul Law Review, Volume 26 Issue 1 Fall. Article 4, 1976.
35. Treitel G.H., *The Law of Contract*, estivense & sons, seven edition, London, 1987.

36. -----, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford, Clarendon Press, 1990)
37. Richard Wilmot-smith, *Construction Contracts*, first edition, oxford university press, New York, 2006.
38. Sally Wheeler & Jo Shaw, *a Contract Law Cases ,Materials and Commentary*, first edition , New York , Oxford university press, 1994.
39. Stone, Richard, *The Modern Law of Contract*, Eighth edition, Bristol. Routledge-Cavendish, 2009.